



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

ADAUT SACCHI D'ALBUQUERQUE LIMA

**TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA DEFESA
CONTRATUAL DO CONSUMIDOR**

BRASÍLIA - 2013

ADAUT SACCHI D'ALBUQUERQUE LIMA

**TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA DEFESA
CONTRATUAL DO CONSUMIDOR**

*Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB como
exigência para aprovação no curso
de graduação em Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais. Orientado pelo Professor Dr.
Leonardo Roscoe Bessa*

BRASÍLIA – 2013

LIMA, Adaut Sacchi d'Albuquerque

Teoria do adimplemento substancial na defesa contratual do consumidor / Adaut Sacchi d'Albuquerque Lima. – Brasília: O autor, 2013

89 folhas.

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como exigência para aprovação no curso de graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do Professor Leonardo Roscoe Bessa.

1. Direito do consumidor 2. Teoria do adimplemento substancial. 3. Resolução contratual 4. Boa-fé Objetiva 5. Nova Teoria Contratual
- I. Título

ADAUT SACCHI D'ALBUQUERQUE LIMA

TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA DEFESA CONTRATUAL
DO CONSUMIDOR

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB como
exigência para aprovação no curso
de graduação em Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais, sob orientação do
Professor Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília, 17 de maio de 2013

Banca Examinadora

Prof. Leonardo Roscoe Bessa
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a teoria do adimplemento substancial nos contratos resolvidos por fornecedores abusivamente, isso é quando o inadimplemento de seu devedor é irrelevante para este e ainda assim o fornecedor opta pelo extremo da resolução. Tal instituto respalda-se no princípio da boa-fé objetiva. Este oriundo da nova teoria contratual que busca maior solidariedade e igualdade aos contratantes ainda que estes estejam em posições técnicas, jurídicas e econômicas totalmente diferentes. Assim o estudo analisa a evolução do conceito clássico de contrato ao conceito atual assim como de todos os princípios que os permeiam e se complementam harmonicamente. Passando por um breve estudo dos meios de contrato em massa (contratos de adesão) e as cláusulas abusivas que lhes são comuns. Por fim o estudo sobre a aplicação doutrinária e jurisprudencial do instituto no direito brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do adimplemento substancial. Direito do consumidor. Direito dos contratos. Contratos clássicos. Nova teoria contratual. Princípio da boa-fé objetiva. Contratos de adesão. Cláusulas abusivas.

ABSTRACT

This work aims to analyze the substantial performance theory in the contracts settled by suppliers abusively, this is when the default of the debtor is irrelevant for him and nevertheless the supplier chooses for extreme resolution. This institution draws upon the principle of objective good-faith. This term arises from the new contractual theory that aims greater solidarity and equality to contractors; even though they are in technical , legal and economic totally different positions. Therefore the study explores the evolution of the classical concept of the contract to the ruling concept, as well as all the principles that underlie and complement each other harmoniously. Going through a brief study of mass contract methods (contracts of adhesion) and unfair contract terms which are common to it. Lastly the study of the application of the doctrine and jurisprudence institute in Brazilian law.

Keywords: substantial performance theory. Consumer law. Contract law. classical contracts. New contract theory. Principle of objective good faith. Contracts of adhesion. Unfair terms.

Dedico este trabalho a todos que acreditaram e me apoiaram, durante todo o curso, especialmente neste momento final de tamanha importância.

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha família, pela base e patrocínio durante todo o curso e em particular neste passo derradeiro.

Aos meus amigos que, como irmãos, sempre permaneceram ao meu lado; aos meus colegas de curso e todas as horas que passamos juntos estudando e evoluindo; e a minha amada, pela paciência, apoio, motivação e dedicação.

Também aos professores que me repassaram com sobriedade seus conhecimentos e experiência para o seguimento da vida profissional e todas as pessoas que direta ou indiretamente contribuíram e ajudaram na elaboração deste trabalho.

Finalmente ao professor Leonardo Roscoe Bessa pela paciência, dedicação e esmero no tratamento e ensinamentos repassados e por sua orientação inestimável e indispensável para o término deste trabalho.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.”

José de Alencar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. TEORIA CLÁSSICA DOS CONTRATOS.....	11
1.1. Conceituação do Contrato Clássico e Breve Exposição Histórica.	11
1.2. Princípios dos contratos clássicos.....	20
1.2.1. Autonomia da vontade.....	21
1.2.2. Força vinculante.....	23
1.2.3. Relatividade dos efeitos contratuais e os vícios de consentimento.....	24
2. NOVA TEORIA CONTRATUAL.....	27
2.1. Breve Perspectiva Conceitual.....	27
2.2. Referências Históricas.....	29
2.3. Princípios.....	34
2.3.1. Boa-fé Objetiva.....	35
2.3.2. Equilíbrio Econômico.....	40
2.3.3. Função Social.....	41
2.4. Contratos de Adesão.....	47
3. DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	53
3.1. Breve Análise Quanto as Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão Decorrentes de Relações de Consumo.....	53
3.1.1. Das Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (Art. 51, inc. IV, do CDC).....	58
3.2. Do Adimplemento Substancial.....	61
3.2.1. Do Conceito e das Modalidades de Inadimplemento e a da distinção quanto à Mora.....	61

3.2.2. História, Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Estrangeiro.....	67
3.2.3. O Princípio da Boa-fé e a Teoria do Adimplemento Substancial no Brasil.....	71
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da teoria do adimplemento substancial e a sua respectiva aplicação no direito brasileiro no sistema de defesa do consumidor. Através da análise histórica do conceito do contrato clássico e dos princípios que o permeiam e do conceito atual de contrato e de seus respectivos modernos princípios.

A teoria que surgiu no direito inglês visa defender o princípio da conservação do contrato e desta forma a defesa da função econômica e social do contrato. Dentro deste estudo fixaremos a teoria na defesa dos interesses do consumidor.

Todos os dias, milhares de consumidores tem seus contratos reincididos pelos fornecedores com quem contrataram por estarem inadimplentes. Contudo nem sempre a inadimplência desse devedor tem real relevância ao credor para ensejar a resolução contratual.

Assim a aplicação da teoria visa combater o abuso da resolução contratual, que deveria ser medida extrema, e defender a manutenção do contrato para que este encontre seu fim habitual, ou a extinção que se esperava no momento em que as partes contrataram.

A teoria tem como base principiológica as exegeses modernas do princípio da boa-fé objetiva, desta forma, neste estudo, primou-se em analisar brevemente o conceito de contrato clássico até a nova teoria contratual, para se averiguar a mudança de pensamento e a evolução do direito até os dias atuais com a respectiva aplicação do instituto estudado.

Assim coube delinear, no primeiro capítulo, o surgimento do conceito de contrato (clássico) através das suas influências históricas e dos pensamentos ideológicos que operavam na época: liberalismo, autonomia da vontade do direito canônico, a influência do pensamento natural alemão e de

outras teorias de cunho econômico e político que operavam na época, através, principalmente, dos estudos de Cláudia Lima Marques.

Também por meio desta autora, coube uma análise mais profunda dos basilares princípios da teoria clássica contratual: o princípio da autonomia da vontade e a respectivo conceito de liberdade contratual que emana deste; o princípio da força vinculante, sob a famosa premissa do *pacta sunt servanda*, isso é a força que o contrato exerce entre as partes; por final o princípio da relatividade dos efeitos contratuais e um estudo sobre os vícios de consentimento.

Já no segundo capítulo coube analisar a evolução do conceito de contrato clássico ao conceito atual. A nova teoria contratual baseia-se em princípios que vem a complementar os anteriores, harmonicamente, sem retirar-lhes sua devida importância.

A teoria contratual contemporânea surge como evolução ao anseio da sociedade e devido a sua própria evolução. A revolução industrial, tanto na primeira, quanto na segunda fase, e o surgimento das massas de consumo apesar de trazerem benefícios incalculáveis à sociedade fizeram com que surgissem novas modalidades de contratar em massa, com o fim de atender a nova demanda de consumidores.

Contudo esses novos meios de contratação nem sempre operavam de forma equilibrada para ambas as partes. Sendo que uma das partes, em geral o consumidor, saia prejudicada porque nos termos contratuais estavam expressas cláusulas de cunho abusivo que beneficiavam o fornecedor e oneravam o consumidor.

A visão contratual clássica não foi abandonada, apenas não se opera mais entre um grande fornecedor diante de sua massa de consumidores, por isso, tal visão está ligado ao conceito de contrato paritário, onde as partes podem discutir livremente as cláusulas contratuais a pé de igualdade.

Neste trabalho, com base nos estudos de vários autores, principalmente de Teresa Negreiros, coube a análise dos novos princípios que permeiam a moderna visão do contrato: o princípio da boa-fé objetiva e as funções que deste emanam (como diretriz ou critério hermenêutico, a criação de deveres jurídicos anexos, conexos, laterais ou acessórios nos termos contratuais; e a limitação do exercício de direitos subjetivos); o princípio do equilíbrio econômico entre as partes; e por final o princípio da função social, aumentando a relevância dos contratos para além dos indivíduos contratantes e exteriorizando para toda a sociedade.

Também no segundo capítulo coube analisar os contratos de adesão, por meio da visão de Cláudia Lima Marques. Relevante é o tópico, pois se debate a relevância deste modo de contratação e os seus reflexos na sociedade de consumo e a sua influência no direito atual. Os contratos de adesão são aqueles utilizados mais comumente nas relações de consumo e são destes que se verifica o uso mais ordinário de cláusulas abusivas.

Por meio do estudo da evolução do conceito de contrato alcança-se no terceiro capítulo o ápice do trabalho e a análise do instituto do adimplemento substancial. Desta forma, coube relatar neste capítulo um breve estudo das cláusulas abusivas nos contratos de adesão e a defesa oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor nestes casos e, também, um estudo do inciso IV do art. 51 do mesmo código que baseia uso do princípio da boa-fé objetiva na defesa dos consumidores e que por consequência baseia o uso da teoria em foco.

Na segunda parte do capítulo adentra-se ao estudo da teoria do adimplemento substancial em si. Começa-se analisando rapidamente os conceitos de inadimplemento e da mora e as possibilidades de aplicação da teoria em cada caso. Passa-se então ao surgimento histórico do instituto no direito inglês e o seu uso no direito estrangeiro alemão, italiano e português, assim como a sua chegada ao direito brasileiro com os conceitos de Costa e Silva, através do autor Lucas Gaspar de Oliveira Martins e Joel Felipe Lazzarin.

Por final, avalia-se o instituto em aplicação no Brasil através da doutrina e da jurisprudência em diferentes aspectos, reconhece-se o poder de mutação do direito e a evolução do pensamento liberal e individualista do contrato clássico para o pensamento do contrato moderno: solidariedade e equilíbrio. Aponta-se os seus principais alcances nos tribunais e os seus meios de valoração do inadimplemento para a implementação do instituto.

É de interesse o estudo de tal instituto, pois trata-se de uma relativização do princípio clássico da *pacta sunt servanda* e do artigo 475¹ do Código Civil de 2002 e apesar de sua reconhecida aplicação no direito brasileiro, tal teoria encontra pouquíssimo respaldo legislativo positivado (apenas os artigos que fundamentam a boa-fé objetiva), cabendo sua fundamentação particular a cada caso concreto.

Doutra forma, o instituto visa combater o abuso dos fornecedores sobre seus consumidores e visa garantir a esses o cumprimento de suas obrigações sem ter privações ou medidas coercitivas, por exemplo, as seguradoras perante seus segurados, quando esta resolve o contrato de seguro quando o consumidor atrasa sua última parcela e desta forma a seguradora se abstém de cobrir um possível sinistro que ocorreu após o atraso, isto sem notificá-lo do atraso.

Assim o adimplemento substancial ganha força e reconhecimento através da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais e quebra a visão patrimonialista que impõe pesadas sanções contratuais aqueles contratantes que deixam de cumprir sua parte do contrato e possibilita a continuação do contrato até a sua regular conclusão.

¹ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

1. TEORIA CLÁSSICA DOS CONTRATOS

1.1. Conceituação do Contrato Clássico e Breve Exposição Histórica.

O Código Civil francês de 1804, *Code Napoleon*, é um dos símbolos da vitória da burguesia na Revolução Francesa de 1789, um projeto amplamente ambicioso que pretendia sobre um único corpo regular o máximo de relações entre particulares². Um produto que dava força a todas as conquistas realizadas pela classe burguesa, que assumia o poder e o conceito de contrato nele inserido visava atender o interesse desta classe³. Reflete a influência naturalista da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, o símbolo maior da referida revolução.

Tal código trouxe consigo o conceito tradicional, ou clássico do contrato, que traduz a visão ideológica predominante na época: a de liberdade de contratar e a igualdade entre as partes. Na definição Friedrich Karl von Savigny, o contrato é a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes⁴. Ressalta ainda a função deste, Daniel Sica da Cunha:

“(...) o contrato clássico, enquanto instrumento de uma economia liberal, norteados pelos valores de liberdade e igualdade formal, e pelo paradigma da segurança jurídica, garantido pela completude da legislação. Instrumento das operações econômicas que proporcionam a circulação de bens na sociedade, o contrato clássico é, pois, produto do liberalismo do século XVIII”⁵

² CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

³ KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. p. 455 – 481. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 463

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª Ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53.

⁵ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

Ressaltam-se outras influências além do pensamento liberal, de John Locke e Adam Smith, desenvolvido no século XVIII, como o da autonomia da vontade do direito canônico, do direito natural alemão, assim como as teorias de ordem econômica e política que dominavam na época⁶.

É a partir das revoluções do séc. XVIII, que tem início o Estado de direito liberal, tendo seu apogeu logo no século seguinte. A sociedade típica feudal deu lugar a uma nova concepção, a burguesia, e esta nova visão de sociedade ficou marcada pela igualdade formal entre os indivíduos e pelo “surgimento”, ou melhor positivização, dos direitos fundamentais de primeira geração⁷.

Os homens, na visão do liberalismo, não devem estar limitados pela posição política particular do Estado. Assim seriam plenamente livres e iguais entre si. A satisfação do interesse geral, aqui, nada mais é que a soma dos interesses individuais⁸. O contrato é, para esta visão, uma decorrência da liberdade individual da pessoa. Essa influência decorre principalmente de dois conceitos do pensamento liberal: o Estado de direito, isso é a igualdade das pessoas perante a lei, sem arbítrios voluntários ou diferenciação étnica, religiosa ou de gênero; e do livre mercado, que se conceitua como a livre concorrência entre os agentes econômicos sem influência estatal.

O Estado estaria restrito a intervir de forma mínima nas relações econômicas individuais. Em primeiro plano visava proteger a vontade dos agentes e em segundo plano agiria de modo a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes e seus respectivos efeitos⁹. Esta

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55.

⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato*: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 227.

⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 223 p. 26

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 337.

visão liberal em relação à economia e ao direito, determinadas pelo Código francês de 1804 e do Código Civil alemão de 1896, se expandiu pelo direito privado de outros países europeus, entre esses Portugal, e teve reflexos inclusive na América do Sul, como no Brasil.

No Código Alemão de 1896, BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que passou por uma fase de 22 anos de elaboração¹⁰, o contrato faz parte de uma categoria mais ampla, a do negócio jurídico. Através de tal conceito se englobava inúmeras relações de fenômenos que seriam inalcançáveis pelo conceito puro do contrato. Com tal definição a vontade humana passa a ser força criadora de direitos e obrigações¹¹. Essa concepção alcança os negócios jurídicos até hoje, ainda que nem todos estejam permeados com contratos elaborados e escritos, estes apresentam tacitamente a visão do contrato através de contratos atípicos, como percebemos da simples leitura do art. 425 do CC/2002 “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

A influência liberal alcançou o Brasil no Código Civil de 1916 que apresentava poucas normas de ordem pública, sendo a intervenção do poder judiciário, na substância e no equilíbrio do contrato, praticamente nula, ainda que do contrato se despontasse claramente injustiça ou evidente enriquecimento de uma parte contraente em prejuízo da outra¹². Ao Estado coube legislar sobre a capacidade das partes que deveria (e deve) ser respeitada e com eventuais vícios de consentimento (erro, dolo ou coação), cabendo ao Estado defender a soberania da vontade das partes, fazendo com que o contrato torne-se lei entre as partes, conforme o princípio da *pacta sunt servanda*.

¹⁰ NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. p. 137-175 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 138.

¹¹ KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. p. 455 – 481. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 463.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

Neste contexto, não eram as ameaças relacionadas a burguesia, como a concentração de riquezas, que assustavam os indivíduos contratantes e sim aquelas advindas do Estado¹³, que para aquela sociedade era o inimigo número um. A liberdade em si para aqueles indivíduos era uma perspectiva muito nova e a sombra do absolutismo ainda aceirava as mentes daquelas sociedades.

A liberdade tinha mais relação a uma proteção do indivíduo em relação ao Estado opressor antigo, limitando o poder deste perante aqueles¹⁴, e entre os indivíduos (possíveis contratantes) não havia preocupação dos riscos relacionados à burguesia e sua ascensão ao poder. Afinal eram todos livres e iguais (assim como foi a burguesia que garantiu seus direitos fundamentais).

Na teoria dos contratos clássicos, a liberdade não se restringia apenas ao contrato no seu modo de elaboração e em seu conteúdo, porém também na forma de escolher com quem contratar, concluir ou não o contrato. Sendo assim, uma síntese das teorias econômicas vigentes na época, ajudando de modo substancial no desenvolvimento econômico, ainda que em detrimento das partes economicamente inermes. Em regra, por ser fruto da ascensão burguesa ao poder, o contrato tinha como função atender a necessidade da circulação de riquezas. Seu modelo tinha como base o conceito de compra e venda, de execução instantânea¹⁵.

¹³ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. p. 87 – 136 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

¹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. p. 87 – 136 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 90.

¹⁵ KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. p. 455 – 481. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 463.

Já a teoria da autonomia da vontade foi elaborada principalmente pelo direito canônico. A obrigação era criada com base de caráter moral e jurídica pelo indivíduo quando oferecia sua palavra conscientemente, a promessa por si só já criava obrigação, sendo assim o formalismo romano típico foi deixado de lado¹⁶.

Ainda que a liberdade seja à base do liberalismo, ela está inteiramente vinculada à autonomia da vontade. Se o pensamento liberal imperava no sentido de direcionar as relações econômicas, dependia ainda da vontade dos sujeitos, pois a autonomia da vontade é a fonte de direitos e obrigações. Sendo assim, a autonomia da vontade era o pilar máximo da teoria contratual clássica. Como explicita Cláudia Lima Marques:

“Na concepção clássica, portanto, as regras referentes aos contratos deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.”¹⁷

Por último, pode-se citar a influência do direito natural, principalmente de Kant, onde o homem torna-se um ente de razão, fonte fundamental de direito e apenas através de sua vontade é que há expressão jurídica¹⁸, como ressalta na análise sobre Kant, Bruno Miragem “A construção do conceito de autonomia individual, afirma-se na modernidade, sobretudo em vista a filosofia kantiana que a aponta o desenvolvimento do indivíduo livre e responsável que assume a consequência dos seus atos”¹⁹.

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56-57.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 181.

Na visão de Kant, o homem obriga-se apenas na medida de sua vontade, desta forma a vontade é justiça, isso porque ninguém se vinculará a algo que lhe traga mal, prejuízo ou que lhe seja claramente injusto²⁰. Assim tal teoria serviu como base para o próprio pensamento liberal, pois aqui a liberdade contratual é natural. Como expressão própria de sua vontade os homens fazem as leis, e se submetem por sua própria vontade se obrigando, desta forma a criação do contrato tem força de lei entre as partes²¹ (*pacta sunt servanda*).

A questão é que para a teoria clássica, o contrato é por si só justo, independente da situação socioeconômica ou do conhecimento técnico das partes. Eram, os contratos, categoricamente equilibrados apenas porque as partes estavam formalmente em “pé” de igualdade e por consequência livres por poderem proclamar sua vontade.

Nesta teoria, os contratos tinham como escopo, principalmente, os princípios da autonomia da vontade, da força vinculante, a relatividade dos efeitos contratuais e outros princípios derivados, analisados abaixo individualmente.

1.2. Princípios dos contratos clássicos

O conceito de contrato clássico, acima exposto, ainda que em poucas palavras, reflete claramente os três principais princípios que serão analisados abaixo, os quais na visão moderna dos contratos foram relativizados ou revistos, contudo continuam sendo empregados dentro de suas novas teorias. Em suma, a autonomia da vontade, com base na liberdade

²⁰ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58.

individual, era o pilar de toda teoria, cabendo ao direito positivado garantir que o contrato esteja livre de vícios e/ou defeitos²².

1.2.1. Autonomia da vontade

Como já exposto anteriormente, foi no direito canônico que se elaboraram as principais teorias da autonomia da vontade. Para os pensadores do direito canônico a vontade é a base dos contratos, sendo necessária apenas a palavra para que se possa criar um contrato válido. É, se legítima, expressão da liberdade do homem, pois se esta estiver maculada por algum vício de consentimento, não será válida. Como expõe Cláudia Lima Marques: “A idéia de autonomia da vontade está estreitamente ligada à idéia de uma vontade livre, dirigida pelos próprios indivíduos sem influencias externas imperativas.”

²³.

Este conceito está ligado ao próprio conceito da liberdade contratual, tanto no sentido do livre arbítrio ou liberdade objetiva, isso é de contratar ou não, assumindo direitos, deveres e obrigações, com quem contratar ou não, o local e o objeto. Quanto ao sentido subjetivo de escolha de preço, cláusulas, formas de pagamento e até das garantias e do fórum. Observa-se que quando se formulou a teoria do negócio jurídico, pressupôs-se a vontade racional clarificada, intensificando assim a idéia de que os contratantes sabem dos efeitos que serão produzidos por seus respectivos atos²⁴ (influência do direito natural derivada do pensamento de Kant).

A vontade torna-se visível apenas através de declaração. Esta assume papel de caráter essencial perante a vontade das partes, assim a

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

²⁴ VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. p. 400 - 428 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato*: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 400.

declaração é apenas o meio pelo qual se exterioriza a vontade, sendo essa a que prevalece, porquanto uma vez que a declaração esteja induzida em erro, há de se observar a vontade do contratante²⁵. Exemplifica-se, um consumidor que deseje (sua vontade) um produto que tem função específica (C), pode ser induzido a erro pelo fornecedor e adquirir produto que: ou não faz a função que deseja (A) ou alcança funções superiores a que deseja. Entretanto não lhe sendo útil (B), desta forma a declaração no momento de contratar demonstra um consumidor que adquiriu um dos produtos, “A” ou “B”, mas não alcançou sua respectiva vontade relativa àquela função específica (C).

Ressalta Cláudia Lima Marques que, para alguns novos autores alemães, os dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual deveriam ter o mesmo nível e importância na caracterização da teoria tradicional do contrato²⁶. Para esses, tais dogmas cumpriram sua função com o liberalismo vigente da época. Em primeiro plano, permitiu que as partes agissem de maneira autônoma no mercado, criando assim um mercado livre que geraria a livre concorrência. No segundo plano, a limitação da vontade expressa, isso é o indivíduo não se obrigaria além daquilo que internamente declarou no contrato, limitando-se a este, e por último, para esta visão o Estado devia abster-se de intervir nas relações negociais entre as partes, pois se essas são livres para se auto-obrigar, também são livre para defender seus interesses²⁷.

O princípio em análise cumpria seu papel ao sistema de ordem econômica que dominava na época, afastando qualquer entrave que pudesse limitar a liberdade contratual. Ocorre que, naquele mercado, sua regulação acontecia de forma automática, através das “leis” naturais de oferta e

²⁵ VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. p. 400 - 428 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 401.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

demanda, promovendo-se a livre circulação de bens, assim a autonomia da vontade era a base de todo o sistema econômico vigente naquela época²⁸.

1.2.2. Força vinculante

Como exposto acima, a vontade é o elo do contrato, sua base e fonte. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques “O direito deve moldar-se à vontade, deve protegê-la, interpretá-la e reconhecer sua força criadora”²⁹. Assim como toda a legislação vigente em um Estado, tem poder vinculante na idéia de um contrato entre todos os indivíduos (contrato social).

O contrato é, dentro deste princípio, a representação da vontade (tácita ou expressamente) e através desta é que se origina a força obrigatória (inerente) e não da lei³⁰. A vontade estipulada em contrato, como exposta acima na análise da influência do direito natural de Kant, era a lei para aqueles indivíduos. Assim a vontade é a força que vincula os contratantes³¹. Ao estado, cabia um papel coadjuvante, o de elaborar leis que garantissem aquilo que foi estipulado no contrato fosse cumprido e que estivesse livre de vícios ou defeitos³². Como expõe Daniel Sica da Cunha:

“O contrato, pois, obriga porque é justo e útil. Veja-se que nesse momento histórico-cultural liberal somente a vontade determina o justo e o útil contratuais. Uma vez manifestada livremente a vontade, despida de qualquer vício que porventura a maculasse, o contrato deveria ser cumprido tal e qual acordado. Disso decorre a disposição

²⁸ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 256.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 62.

³⁰ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 231.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11.

³² COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 231.

clássica do direito civil francês de que o contrato faz lei entre as partes.”³³

Na base da influência liberal, tal concepção rejeita a intervenção de terceiros, inclusive do Estado, no controle e limites contratuais possíveis e inerentes aos indivíduos, ressaltando-se assim a relatividades e a imutabilidade das estipulações contratuais³⁴. Este princípio alcançou também o Código de 1916, como ressalta Maria Aracy Menezes da Costa:

“(...) na vigência do Código de 1916 prevalecia ao princípio da *pacta sunt servanda* – os pactos devem ser cumpridos -, o que, salvo raríssimas exceções (como em caso de vícios de consentimento, incapacidade, ilicitude, incapacidade do objeto), deveria ser rigorosamente observado, partindo-se do pressuposto de que a vontade das partes tinha se concretizado por meio do contrato e dessa forma deveria ser respeitada.”³⁵

Para este princípio, assim que as partes firmam o contrato, manifestando suas respectivas vontades, estarão a estas vinculadas³⁶. Ao juiz não cabia alterar manifestações de vontade quebrando assim a equidade das partes expressa no contrato e desrespeitando o direito inerente aos contratantes. Desta forma aquilo que foi acordado estaria intocável por qualquer ente, inclusive pelos contratantes se esses não estipulassem em contrato ou contratasse novamente alterando o anterior. Ora pressupunha-se que os indivíduos eram formalmente iguais e logo, livres³⁷.

1.2.3. Relatividade dos efeitos contratuais e os vícios de consentimento

³³ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 256.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

³⁵ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 228.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 12.

³⁷ COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 230.

Na teoria clássica do contrato, os efeitos gerados pela expressão de vontade das partes estariam limitados a esses, terceiros externos a relação negocial, em teoria não seriam afetados. Assim os direitos e obrigações criados para as partes não poderiam afetar aqueles que não faziam parte da relação³⁸. Na visão deste princípio os efeitos do contrato estão restritos as partes; atualmente entende-se que o contrato ainda que bilateral terá efeitos a terceiros de forma colateral.

Decorre tal pensamento da própria teoria da autonomia da vontade, se o indivíduo é livre para criar direitos e obrigações para si através do contrato, não pode impor sua vontade a outro, terceiro, que não faz parte do negócio³⁹. Desta forma a liberdade do terceiro não está condicionada a de outro e não será afetada pelo liberalismo dos contratantes. Acrescenta ainda Luciana Antonini Ribeiro “Por outro lado, o terceiro não há de se beneficiar dos efeitos do contrato do qual não é parte. O contrato é um todo único e completo, autônomo em relação ao ambiente.”⁴⁰.

Hodiernamente, em termos de comparação, é visível que os contratos geram efeitos a terceiros mesmo que não gere obrigações, ocorre pela demanda de contratos de adesão, assim um número indeterminado de contratos de adesão abusivos irá refletir na economia de tal forma que afetará terceiros doutra forma, um efeito dominó dos efeitos relativos aos negócios da sociedade de massa.

Contudo, ainda que a base do contrato seja a autonomia da vontade, o contrato só será válido, se a vontade expressa estiver imaculada, e se livre

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

³⁹ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais : contratos conexos e grupos contratuais.p. 429 - 454 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 431.

⁴⁰ RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais : contratos conexos e grupos contratuais.p. 429 - 454 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 431.

de elementos externos e de natureza superveniente tais quais os institutos de caso fortuito ou força maior⁴¹. Desta forma se a vontade de um dos contratantes estiver de alguma forma viciada, o negócio firmado entre eles no contrato será passível de anulação. É então determinante para o contrato que a vontade esteja intocada, pois é a marca de validade deste. Aponta ainda Cláudia Lima Marques:

“(...) que, se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios, obriga de tal maneira que, mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou absurdo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito a não ser em casos especialíssimos de lesão.(...)”.⁴²

Irrelevante então era para o direito que levou indivíduo a contratar, quais os planos e expectativas que gerou ou almejou por aquele contrato⁴³. Sua vontade agora era lei para aquele e assim devia ser. Modernamente o CC/02 alcança institutos em que a vontade uma vez maculada, estará passível de anulação, de forma mais ampla, através do Capítulo IV, que abrange os defeitos do negócio jurídico, como erro, dolo, coação, estado de perigo, entre outros.

⁴¹ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato*: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 257

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 4ª ed. rev. atual. amp, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-64.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

2. NOVA TEORIA CONTRATUAL

2.1. Breve Perspectiva Conceitual

A concepção social do contrato adveio da evolução do pensamento jurídico que contrapõe o modelo anterior tradicional, principalmente pela mudança principiológica decorrente de uma passagem histórica⁴⁴. Deste momento em diante não só a manifestação da vontade importa, consideram-se também os efeitos do contrato e sua repercussão em toda a sociedade⁴⁵.

Já se assinalou que o modelo tradicional foi marcado pelas influências dos pensadores do direito natural e do liberalismo econômico que vigoravam no séc. XVIII, sendo a base de várias codificações, como a francesa, alemã e também do nosso Código Civil de 1916.

Observa-se que o modelo liberal teve sua importância para a época, pois formalizou direitos recém-conquistados tal qual o princípio da liberdade contratual, o estímulo a capacidade criativa e inventiva individuais e a desvinculação do indivíduo dos grupos que o aprisionavam e reprimiam suas capacidades, isso é ressaltou-se nesse período a personalidade do indivíduo⁴⁶.

Naquele momento, final do século XIX e início do século XX, já havia a semente da nova concepção social do contrato no que se tratava da discussão da prevalência da vontade declarada para a vontade interna⁴⁷, exposta acima.

⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210.

⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 339.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

A evolução do conceito do contrato se deve a uma desconstrução dessas bases e da observação de que naquele modelo clássico, como ressalta Leonardo Roscoe Bessa “não havia espaço, para a análise de equilíbrio nas relações, promoção de igualdade substancial”⁴⁸. Logo, foi natural que uma reconceituação do instituto ocorresse, assim como sua base principiológica fosse alterada (ou renovada) e que surgisse uma nova conceituação de princípios que já integravam o sistema⁴⁹. Como destaca Cláudia Lima Marques:

“À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes.”⁵⁰

É importante observar que a visão clássica não foi abandonada. Atualmente ela está ligada ao conceito de contrato paritário, onde ambas as partes estão em total relação de igualdade e são capazes de discutir livremente as cláusulas e exercerem suas respectivas vontades. Contudo estes são minoria no contexto atual, onde predomina outros meios de contratação, para atender a demanda da massa de consumidores, como o contrato por adesão.

Não se pode ter uma visão absolutamente negativa sobre os novos meios de contratação, inclusive dos contratos de adesão, ainda que destes decorram vários problemas econômicos ou que estes estejam permeados de cláusulas abusivas que ofendem aos consumidores a eles aderentes e seus respectivos direitos. Primeiro porque estes atendem ao contexto presente, onde atualmente não se conhece outro meio de contratar que possa atender a demanda da massa de consumidores. Segundo porque, por sua homogeneidade eles trazem para os fornecedores economia, racionalização, praticidade, segurança jurídica e econômica, visto que as cláusulas contratuais

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 340.

⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210.

pré-elaboradas e sua repetição garantem ao fornecedor prever os riscos do negócio⁵¹ (assim como utilizar de cláusulas abusivas para repassar as onerosidades desses riscos para os consumidores).

2.2. Referências Históricas

Nesse estudo, observou-se a evolução do conceito do contrato clássico a partir do Código Civil Francês de 1804 com as respectivas contribuições dos pensadores da época, até o momento que esse conceito influencia outras codificações, como Código Civil Brasileiro de 1916.

Durante o século XX surgiram inúmeras leis que vieram a limitar a autonomia da vontade, isso é impor limites ao conceito de liberdade contratual. Visa essa passagem estabelecer equilíbrio das relações negociais entre partes desiguais. Tal ideia decorre do surgimento do pensamento do Estado intervencionista, que procura atender ao clamor social, consagrar o conceito de dignidade humana e diminuir as diferenças materiais existentes entre os indivíduos de uma sociedade.

A promulgação da lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), marca, no Brasil, a evolução do pensamento tradicional ao pensamento moderno. Consubstancia a influência constitucional e dos direitos previstos nela sobre as relações negociais contratuais de consumo.

A Constituição Federal de 1988 é a base para a nova teoria contratual no Brasil. Seus princípios intrínsecos e direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa e o objetivo de construir uma sociedade livre de desigualdades e solidária influenciaram diretamente o CDC e posteriormente o Código Civil de 2002.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

Contudo essa mudança só pode ocorrer em decorrência do fenômeno da produção em massa e da massificação das relações de consumo e respectivamente o “surgimento” da sociedade de consumo, desta forma o comércio tornou-se despersonalizado e desmaterializado⁵². Como destaca Daniel Sica da Cunha “(...) o conceito clássico de contrato, enraizado no dogma voluntarista, aos poucos apresentou suas imperfeições, demonstrando-se insustentável com o *boom* das relações de consumo no século XX.”⁵³.

A contratação em massa é um fenômeno decorrente da Segunda Revolução Industrial. Esta teve seu início na metade do séc. XIX, ainda que na visão de vários historiadores não haja um ponto de ruptura entre esta e a Primeira Revolução Industrial. A segunda seria apenas uma nova fase daquela revolução já iniciada e assim esta ficou conhecida. As contribuições desta para o desenvolvimento da sociedade são inúmeras, entretanto, para o trabalho em questão, a produção em massa, ressalta-se.

Nesse período a transição da população rural para os centros urbanos, fenômeno conhecido como urbanização, se intensificou⁵⁴. Os trabalhadores, onde se incluem mulheres e crianças, trabalhavam a exaustão por míseros salários. Os fornecedores para atenderem a demanda de consumo que surgia tiveram de modificar e intensificar seus modos de produção surge então a produção em massa. Nesse método diminui-se o número de trabalhadores utilizados para a concepção de um produto, através de sua substituição por máquinas, amortecendo custos e aumentando o número de produtos feitos. Com mais produtos e menos custos o lucro é intensificado.

Ora, a concentração da população, em centros urbanos, gerou uma quantidade incalculável de consumidores com enorme demanda de produtos e

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

⁵³ CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247-284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 257.

⁵⁴ BONFANTE, Bruna. *O controle das cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão por meio de tutelas preventivas e coletivas*. Ciência Jurídica, São Paulo, vol. 23, n. 149, p. 91/162, set./out. 2009. p. 96

serviços que sem a produção em massa seria impossível de se suprir. Os produtos precisam de um meio jurídico para chegar a seus consumidores, tal qual o contrato, contudo o contrato clássico não poderia atender essa demanda, pois a discussão de cláusulas dos consumidores com um número limitado de fornecedores é impossível. Neste contexto é que surge a contratação em massa por decorrência dos meios de contratos uniformes. Estes estão tão vinculados a idéia de produção em massa que assim como os produtos que são seus respectivos objetos estes são elaboradas de forma padrão, incontáveis vezes, sem qualquer participação do consumidor⁵⁵. Destaca Cláudia Lima Marques:

“Com a industrialização e massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não sem adaptava a realidade socioeconômica do século XX.”⁵⁶

O acordo de vontade passou a ser menos real e mais aparente e os contratos pré-elaborados uniformes tornaram-se a regra, de um lado efetivamente um autor das disposições contratuais e do outro um mero aderente. O acordo contradiz o pensamento então vigente que sentenciava e assegurava a liberdade contratual dos contratantes, estaria assegurada também sua justiça contratual⁵⁷.

O Estado e as empresas se encontram nesse novo contexto em posição econômica superior e por exercerem atividades de distribuição de bens e serviços em massa, estabelecem uma massa de contratos de forma homogênea, com uma quantidade indefinida de consumidores⁵⁸. Nesse referido contexto, os contratos de adesão são inerentes à sociedade de

⁵⁵ BONFANTE, Bruna. *O controle das cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão por meio de tutelas preventivas e coletivas*. Ciência Jurídica, São Paulo, vol. 23, n. 149, set./out. 2009. p. 97.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

consumo industrializada moderna, inclusive para empresas públicas, concessionárias de serviço público ou em empresas privatizadas⁵⁹.

Ora, já naquele momento era perceptível que a preconizada liberdade contratual não passava de formalidade de lei, pois no campo real dos negócios jurídicos imperava visível desequilíbrio entre as partes⁶⁰. Muitas vezes os consumidores estavam limitados à escolha de apenas um fornecedor, os contratos não eram então uma disposição de vontade, onde o consumidor poderia optar entre fornecedor “A” ou “B” e dispor suas cláusulas, era na verdade uma um contrato necessário, pois o consumidor limitado em seus poderes de escolha de com quem contratar (liberdade objetiva) estaria também limitado em sua liberdade contratual subjetiva.

Já o conceito de uma nova teoria contratual, ou teoria social do contrato, não está vinculado ao núcleo do contrato de adesão e sim a uma nova base principiológica e regulamentar do direito que adveio da observação de que esses novos meios de contratação (além dos contratos de adesão, ressalta-se as condições gerais de contrato.) estavam onerando pesadamente os consumidores, ao causarem desequilíbrio econômico, concentração de riquezas e suprimindo a autonomia da vontade do contratante.

No complexo sistema econômico atual, com o sistema de produção e distribuição em massa, os novos meios de contratação são indispensáveis. A questão é que essas novas modalidades trazem evidentes vantagens aos fornecedores que os elaboram e tornam vulneráveis os consumidores⁶¹. Desta maneira aponta Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 66.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

“A sociedade de consumo, ao contrário do que se imaginava, não trouxe apenas benefícios para seus atores, Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro deste modelo, piorou em vez de melhor. Se antes o fornecedor e consumidor encontravam-se em situação de relativo equilíbrio de poder e barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, ‘dita as regras’. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor, Nem mesmo mitigá-la. Logo, imprescindível à intervenção do Estado nas três esferas: o Legislativo formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementado-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e implementação.”⁶²

Como ressalta Cláudia Lima Marques “Desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações contratuais com o empresariado”⁶³. Posteriormente no período pós-Crise de 1929 e anterior a Segunda Grande Guerra, a socialização alcançou o direito, contudo foi incapaz de conter o fortalecimento da instituição dos Estados, dessa forma estes passaram a intervir na atividade econômica⁶⁴. O Código Civil Italiano é adotado em 1942 durante pleno exercício do fascismo, incluindo em suas disposições, além dos institutos clássicos, novas formas jurídicas, presentes assim o contrato de adesão e as condições gerais dos contratos⁶⁵.

No Brasil, apenas nos anos 80 é que a concepção clássica do contrato perde força, com a elaboração da nova Constituição e sua respectiva influência principiológica e de direitos fundamentais no Código de Defesa do

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 6. apud TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 42.

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164.

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165.

Consumidor⁶⁶. Uma clara adaptação da realidade socioeconômica e política da época, o contrato passa a ter em seu conceito tacitamente, a partir do Código Civil de 2002 a função social do contrato. Todo contrato ainda que não previsto expressamente em suas cláusulas estará permeado tacitamente pelo princípio da boa-fé objetiva⁶⁷.

Coube ao estado observar que um sistema econômico financeiro estável necessita de consumidores fortes, confiantes no sistema e nos fornecedores, que com segurança jurídica suficiente para se sentirem incitados ao consumo e tornarem a economia mais ágil, estimulam-na. Assim este se torna mais intervencionista nas relações negociais, relativizando assim o conceito imperativo da autonomia da vontade e como novo para padrão o permeia com as exegeses do princípio da boa-fé estendendo sua função social⁶⁸.

2.3. Princípios

Como previamente exposto, a evolução do pensamento e conceito do contrato clássico e suas bases principiológicas passaram por mudanças. Novos princípios passaram a permear os contratos, aparecendo aqui a visão social do contrato, onde o Estado torna-se um ente intervencionista nas relações negociais, comerciais e de consumo da população que o compõe.

A concepção social do contrato não afasta totalmente os conceitos tradicionais, como o da autonomia da vontade e do negócio jurídico, contudo esses estarão mais limitados pela intervenção estatal e suas normas

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166.

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167.

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 211.

imperativas⁶⁹, nos dizeres de Cláudia Lima Marques “(...) a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.”⁷⁰.

É importante salientar que os novos princípios a seguir demonstrados não são meros subsidiários daqueles que já foram expostos ou tão pouco substituíram totalmente toda a base pré-existente. Estes convivem conjuntamente e devem ser interpretados e utilizados em harmonia⁷¹. Como destaca Teresa Negreiros:

“(...) diante do CDC e do novo Código Civil, o desafio de definir critérios para estabelecer a prevalência de uns princípios sobre os outros. Em caso de conflito, é preciso decidir sob que circunstâncias os princípios clássicos – a autonomia da vontade, a intangibilidade do conteúdo do contrato e a relatividades dos efeitos – devem sobrepor-se aos princípios contemporâneos da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social.”⁷²

Assim, ainda que os novos princípios pareçam contrapor as exegeses dos princípios clássicos, estes se adéquam naturalmente, aonde os novos princípios vêm a complementar os princípios clássicos, afinal estes ainda fazem parte das relações contratuais e não devem ser abolidos. Pode-se destacar dessa nova visão contratual os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico.

2.3.1. Boa-fé Objetiva

O princípio da boa-fé objetiva tem alcance tão amplo que, para muitos autores ele engloba inclusive os demais princípios a serem analisados abaixo, da função social e do equilíbrio contratual.

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 211.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 211.

⁷¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30.

⁷² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 30/31.

A boa-fé em sua aplicação objetiva é a representação dos valores éticos em um contrato, tais qual a lealdade, correção e veracidade daquilo que está disposto em seu conteúdo⁷³. Tal princípio fundamenta-se constitucionalmente na perspectiva da proteção a pessoa humana, pois este presume-se parte de toda uma sociedade e não um ser disjuncto⁷⁴. Destaca Teresa Negreiros:

“(...) é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. (...)”⁷⁵

A boa-fé objetiva passa a ser base de todo o sistema do direito privado, entretanto com aplicação mais ampla no direito contratual. Os alemães, no BGB (1896), fizeram tal previsão modernamente em seu § 242 “O devedor está adstrito a realizar a prestação como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego.”, e somente após a Primeira Grande Guerra que este conceito evoluiu para o de boa-fé objetiva. Cabe ressaltar que no Brasil já havia a previsão da boa-fé no código 1916 referente aos contratos de seguro⁷⁶.

Desta forma, as relações negociais passam a compor a valoração da dignidade humana, deixando de lado a idéia de um indivíduo totalmente independente e passa-se a entendê-lo como parte de um todo mais amplo onde esses indivíduos são solidários e cooperam entre si para seus respectivos desenvolvimentos⁷⁷. Nos dizeres de Leonardo Roscoe Bessa “O contrato, embora legítimo instrumento para a circulação de riquezas e a satisfação de

⁷³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 116.

⁷⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117.

⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117.

⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 342-343.

⁷⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 118.

interesses pessoais, não deve mais ser visto sob ótica individualista. Importa analisar sua função econômica e social.”⁷⁸.

Este princípio passa a compor a base da relação contratual junto à autonomia da vontade em sua nova visão, onde ambos se complementam, compõem e são inafastáveis. Ainda que toda a relação possa ser descaracterizada por um ou por outro, desta forma o contrato passa a ser não só uma expressão da obrigação de prestar, mas também um de uma obrigação de conduta⁷⁹. O princípio irá permear as variadas formas de negócios jurídicos, desde sua pré-fase de elaboração (se houver) e negociação, sua fase concreta de meio e posteriormente a sua conclusão, constituindo fonte de dever e limitando para ambos os contratantes seus direitos⁸⁰.

É importante distinguir a boa-fé objetiva aqui tratada da boa-fé subjetiva que nos dizeres de Teresa Negreiros “(...) consistente numa análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento. (...)”⁸¹. Assim esta se apresenta como um fator psicológico enquanto a boa-fé objetiva expressa algo concreto, um dever, uma maneira de conduta contratual ativa, a cooperação recíproca entre os contratantes interessados de forma que se vise alcançar um objetivo prático que justifique a existência de tal relação contratual no plano jurídico⁸².

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90 veio a consagrar a boa-fé como uma cláusula geral inerente a todas as relações de consumo contratual, conforme o art. 51, IV, e como uma linha de

⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218

⁸⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 118.

⁸¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 119/120.

⁸² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122/123.

pensamento e interpretação no seu art. 4º, III⁸³, a sua transgressão causa a nulidade da cláusula contratual que extravase seus fundamentos⁸⁴.

Já no Código Civil de 2002, ela passa a ser um dos critérios de interpretação da declaração de vontade do contratante e de valoração dos direitos subjetivos e as suas respectivas abusividades⁸⁵. Em razão de tal advento, essa cláusula se tornou não só uma cláusula geral de todas as relações de consumo, mas de todas as relações contratuais⁸⁶.

Este princípio, da boa-fé, relaciona-se também à teoria do abuso de direito, pois o abuso já será configurado quando qualquer estipulação contratual for contra o princípio. Logo, o exercício do direito será abusivo assim que quebrar a confiança de uma das partes ou frustrar suas legítimas expectativas expressadas por sua vontade. Neste ponto que a declaração torna-se menos importante que a vontade e que o Estado, através do direito público começa a intervir no direito privado⁸⁷.

Por fim cabe salientar as três funções decorrentes da exegeses do princípio da boa-fé objetiva: diretriz ou critério hermenêutico; criação de deveres jurídicos anexos, conexos, laterais ou acessórios e nos termos contratuais, ainda que tacitamente; e a limitação do exercício de direitos subjetivos⁸⁸.

O princípio boa-fé objetiva, como diretriz hermenêutica, é o entendimento que os contratos e suas disposições devem ser interpretados

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 220

⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 125.

⁸⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 126.

⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 129.

⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142.

⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

conforme a esperada lealdade e honestidade das partes contratantes⁸⁹. Tal função está prevista com clareza no art. 113 do Código Civil de 2002 “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, já o Código de Defesa do consumidor acrescenta nessa linha em seu art. 47 “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneiras mais favorável possível ao consumidor.”

Como segunda função, cabe destacar a criação de deveres anexos. Desta função emana a idéia de que os deveres não irão decorrer exclusivamente do contrato e de suas disposições, independendo a vontade dos contratantes. Esses deveres estão ligados a idéia de informação, cuidado, segurança e colaboração. Ora, a boa-fé faz presumir do contrato cláusulas de boa conduta entre os contratantes, que esses se respeitem, sejam leais e que a troca de informações seja aberta e exposta, isso é a boa-fé como cláusula geral presume deveres e direitos a ambos os contratantes ainda que não previstos no contrato com a finalidade de torná-lo mais justo ao interesse de ambas as partes, contudo principalmente a parte mais fraca do contrato. Logo decorre daqui idéia de do instituto do adimplemento substancial, no interesse da defesa do devedor e da manutenção do contrato, com o fim de evitar a resolução contratual pelo credor de uma relação obrigacional próxima de seu fim. Nos dizeres de Flávio Tartuce:

“A boa fé objetiva tem relação direta com os *deveres anexos laterais de conduta*, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles merecem destaque o dever de cuidado, dever de respeito, dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.”⁹⁰

A última função serve como limite para o exercício dos direitos subjetivos, convém como parâmetro para analisar a conduta das partes e desta forma valorá-la.

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

⁹⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012 p. 34

2.3.2. Equilíbrio Econômico

O segundo princípio que faz parte da nova teoria contratual é o princípio do equilíbrio econômico. Este princípio é a consequência da observação, já dos tempos romanos, de que alguns contratos estão baseados em cláusulas de grande desproporção entre a prestação de uma parte com a obrigação de outra⁹¹.

O equilíbrio, equidade e proporcionalidade são uma tríade de conceitos que fundamentam este princípio, isso é a busca mesmo que filosófica pela justiça contratual entre as partes⁹². É claro que na sociedade capitalista não se espera que nenhuma das partes não saia com lucro. Contudo no contexto atual, espera-se que a parte que saia com o lucro tenha esse de forma justa, baseado no seu esforço e não desproporcional ou igual a outro produto ou serviço presente no mercado ou até mesmo oferecido por ele mesmo. É assim o reconhecimento de que uma das partes sairá lesada, mas essa lesão não pode ser grave o suficiente para trazer um desequilíbrio econômico por uma estipulação de onerosidade excessiva a esta⁹³.

Tal princípio é uma derivação de um princípio constitucional: o da igualdade substancial ao pressuposto de justiça social. Assim o contrato deve buscar a uma certa igualdade material entre as partes sem trazer lucro exagerado a uma das delas⁹⁴. O problema para este princípio é estabelecer o que seria uma relação contratual justa.

Neste momento, existe um contraste com o que ocorria anteriormente, onde a fase de elaboração do contrato e manifestação da vontade dominavam. Este princípio na verdade incidirá sobre todo o programa contratual, servindo como parâmetro para avaliar as vantagens e desvantagens

⁹¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

⁹² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

⁹³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 156.

⁹⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 156.

atribuídas a cada uma das partes⁹⁵. Desta forma, procura-se criar modos de defesa do contratante vulnerável, pois é visível que uma das partes controla grande poder negocial. Portanto tal princípio visa proteger a manifestação da autonomia da vontade da parte considerada vulnerável estabelecendo padrões mínimos de igualdade formal entre os contratantes⁹⁶.

Através do princípio supracitado, o contrato paritário, livremente pactuado, uma vez que seja injusto, poderá ser modificado ou revisto judicialmente e até mesmo reincidido se houver o entendimento que mesmo através de suas alterações será impossível fazê-lo justo⁹⁷. Apesar dos vários entendimentos filosóficos e conceituais de justiça, aqui se aplica a idéia da igualdade paritária, onde os indivíduos de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma forma⁹⁸.

2.3.3. Função Social

O surgimento da expressão função social no âmbito do direito privado, está vinculada ao conceito de propriedade, ocorrendo suas primeiras previsões normativas nas constituições: mexicana de 1917 e alemã de 1919. Neste primeiro âmbito, o princípio visava limitar a liberdade de um proprietário sobre sua propriedade, para que os interesses da comunidade, melhor valorados, fossem considerados preferenciais⁹⁹.

Já no Brasil, é no art. 421 do Código Civil de 2002 que a função social se positiva no contexto infraconstitucional, ainda que já houvesse uma

⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157.

⁹⁶ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 157

⁹⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 158.

⁹⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 166.

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 200.

previsão no CDC pelo *interesse social* em seu primeiro artigo¹⁰⁰. O artigo direciona-se ao juiz, tendo sua interpretação variada conforme o caso em tela e a realidade socioeconômica¹⁰¹. Como ressalta Bruno Miragem:

“(...) de uma primeira interpretação do próprio texto da norma do art. 421 já se retiram dois aspectos característicos do seu significado. Primeiro, de que configura um *limite à liberdade de contratar*; segundo que apresenta um *vínculo orgânico entre o exercício da liberdade/direito subjetivo de contratar e a finalidade social desta prerrogativa*.(...)”¹⁰²

Tal princípio deve ser analisado em relação aos efeitos do contrato quanto a terceiros externos ao negócio jurídico¹⁰³. Ainda que tal princípio tenha um conceito amplo, para fins de estudo segue as palavras de Teresa Negreiros “(...) o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.”¹⁰⁴.

Contudo, o princípio necessita da intervenção do estado para que tenha sua eficácia, potencializando desta forma esta intervenção através da lei, para no âmbito contratual, dimensionar o conteúdo jurídico. Decorre daqui a ideia do juiz que intervém para dar continuidade a um contrato ou aumentar sua eficácia, diminuir danos ou até mesmo suprimir cláusulas extremamente onerosas¹⁰⁵. Esta orientação solidária visa limitar a liberdade de contratar em

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 200.

¹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 206.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 201.

¹⁰³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 202.

face da finalidade social do contrato. É importante destacar que esta visão extremamente intervencionista não prepondera em todos os direitos, no francês, por exemplo, como destaca Bruno Miragem:

“(...) reações ao que entendem alguns autores uma excessiva intervenção estatal na autonomia das partes para contratar, cuja intensidade termina por comprometer a própria noção de contrato como espaço de liberdade individual para constituir efeito jurídicos.(...)”¹⁰⁶

Entretanto esta crítica não prospera no Brasil. A exigência da presença do instituto da função social, para sua consideração nos negócios jurídicos, teve como base o pensamento de Miguel Reale, pois visa a proximidade da legislação do país com relação as suas mudanças socioeconômicas, dando idéia para a *socialidade* do instituto e por outro lado a *eticidade*, por estabelecer como mandamento moral e ético a lealdade e o respeito contratual¹⁰⁷.

Este princípio, combinado com os outros dois analisados acima, visa redimensionar a abrangência dos ‘antigos’ princípios da referida teoria clássica, condicionando e impondo limites a concepção da liberdade contratual¹⁰⁸. No Código de Defesa do Consumidor é de claro reconhecimento que o contrato ora consagrado, regido pelo princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* não se encaixa no modelo de consumo atual. Na sociedade capitalista, formada por uma grande massa de consumidores, torna-se impossível a negociação individual de barganha entre o fornecedor e seus consumidores¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 204.

¹⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 204.

¹⁰⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 41

A base constitucional deste princípio está no princípio da solidariedade, ora ao passo que se exija que contratantes e terceiros cooperem entre si¹¹⁰. É importante ressaltar, nas palavras de Teresa Negreiros¹¹¹:

“(...) a função social, muito além de ser mais um princípio, com finalidades delimitativas, é elemento de qualificação que varia conforme a concreta correlação de interesses em causa. À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um “instrumento de realizado do projeto constitucional” (...)”

Desta forma, reforça-se a idéia de que a função social está intrínseca a relação jurídica entre os contratantes¹¹², um dos seus aspectos centrais, não sendo assim apenas um princípio alternativo que vem a compor a relação apenas de forma externa (além dos contratantes)¹¹³, enquadrando desta forma toda a relação jurídica no aparato constitucional. Tão ampla é sua importância, que, como já apontado, este princípio relativiza o conceito de autonomia da vontade¹¹⁴.

Assim como nova interpretação a exegese do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, permitindo a tutela externa perante o crédito, ou seja a eficácia externa do acordo ante terceiros¹¹⁵, tendo em vista que a função do social dos contratos está baseada em um princípio ainda maior, o da solidariedade social, presente no art. 3º, inc. I¹¹⁶ da Constituição Federal de 1988¹¹⁷.

¹¹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

¹¹¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 208.

¹¹² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 43.

¹¹³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 43.

¹¹⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 43.

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2013 - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

¹¹⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 44

Esta nova interpretação ao princípio da relatividade se reflete com grande influência na perspectiva do princípio da autonomia da vontade. Ora, em sua visão antiga, o princípio da relatividade conceituava em poucas palavras que os efeitos do contrato firmado entre as partes não teria alcance a terceiros. Tal princípio tem a sua base respeitada, contudo atualmente é impossível negar que os contratos firmados entre as partes em geral produzem efeitos que refletem colateralmente a terceiros.

O princípio da função social vem para alterar a teoria da doutrina clássica, pois com sua positivação o contrato torna-se um fato inerente a sociedade, diante do qual, terceiros não devem estar e não estão indiferentes nem intocados, respectivamente¹¹⁸.

A visão da liberdade e igualdade contratual das partes como base para força obrigatória do contrato é desmitificada, pois passa a integrar este conceito a justiça, solidariedades e outros valores sob a nova influência constitucional da proteção a dignidade humana em seu domínio socioeconômico¹¹⁹. Aqui se ressalta a importância do princípio da função social, pois este representa a exteriorização de que os interesses dos contratantes e seus respectivos estarão influenciando toda uma sociedade, menor ou maior seja o efeito.

O descumprimento desta diretriz principiológica gera especificamente, duas sanções, que são: a nulidade da cláusula que a viola, assim como do contrato se este estiver totalmente prejudicado; e a decorrente imputação do dever de indenizar do contratante que violou diante do dano que tenha causado para a outra parte¹²⁰.

¹¹⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 217.

¹¹⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 223.

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 207.

Observa-se que o conceito de boa-fé objetiva, apresentado no Brasil pelo CDC, e o da função social, pelo CC/02, devem ser utilizados de forma complementar e recíproca. Conclui-se que a autonomia da vontade não é mais o centro da força obrigatória contratual, desta forma cabe a análise da eficácia desse novo padrão contratual sobre os novos princípios, entre esses o da função social.

A função social tem nítida influencia sobre o imperioso princípio da conservação do negócio jurídico, desta forma a extinção do vínculo negocial entre duas partes deve ser a última medida a ser adotada por um juízo¹²¹. Tendo em vista esta concepção, apresenta-se a teoria do adimplemento substancial, já com ampla aceitação jurisprudencial e doutrinária.

Tal teoria decorre dos princípios fundamentais que balizam os contratos, onde em especial prepondera a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva. Nestes termos, se em alguma hipótese a obrigação tiver sido quase toda cumprida, e por algum motivo ocorra mora, não caberá como motivo de extinção do negócio, mas apenas outros efeitos jurídicos possíveis, para que se mantenha o vínculo e haja o prosseguimento do interesse¹²².

Nesta ótica os valores sociais passam a ter sumária e maior importância ao direito civil em todo seu contexto, pois a função social faz com que o contrato não seja apenas um elemento relativo ao interesse das partes em sua individualidade. Ele passa a fazer parte do centro de ordem jurídica e econômica referente aos efeitos relativos aos contratos¹²³, buscando atender e solucionar os problemas referentes aos novos métodos de produção e comercialização e conseqüentemente de contratação¹²⁴.

¹²¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 45

¹²² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 46

¹²³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 223-224

¹²⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 239

2.4. Contratos de Adesão

Ainda que já exposto esparsamente neste trabalho o conceito de contratos de adesão, é importante analisá-lo mais profundamente neste breve tópico, principalmente por sua importância na sociedade de consumo atual. Desta forma adentramos ao conceito exposto por Cláudia Lima Marques:

“Contrato de Adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.”¹²⁵

Esse método de contratação é exposto ao consumidor de forma padronizada, em geral de forma escrita (impressa), onde há lacunas expostas onde falta apenas o preenchimento por parte do consumidor-contratante dos seus dados, assim como a descrição do objeto (produto ou serviço) a ser contratado, do preço e a forma de pagamento acertada em uma negociação formal possível¹²⁶.

Ora, o consumidor ao receber este contrato pré-elaborado, tem o dever de ler suas cláusulas e aderir se for de seu interesse, ainda assim quando não concordar com alguma cláusula contratual, não caberá a ele, por sua fraqueza econômica discuti-la. Em questão, nem sempre o consumidor chega a ler completamente o conteúdo do contrato que recebe, ainda que o contrato tenha sido pré-moldado, ou ainda que leia o consumidor leigo, ou hipossuficiente de informações técnicas constantes nas cláusulas contratuais poderá ignorar tais informações e é neste momento que seu direito está corrompido.

Desta maneira o consumidor-contratante adere apenas às cláusulas do contrato de adesão elaborado submetendo-se a vontade da empresa a fim

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71

¹²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.71

de adquirir o objeto (produto ou serviço) sem julgar as vantagens e desvantagens contratuais ali expostas¹²⁷.

A lei se esforça ao máximo na defesa da fase pré-contratual, pois é nesta fase que o consumidor está atraído a adquirir o objeto em si (bem ou serviço), contudo se neste momento houver erros que ocultem a verdade do consumidor, ou o levem ao engano, ou que informações relevantes sejam omitidas, a fase estará maculada¹²⁸. Assim a fase pré-contratual do contrato, onde cabe as partes a discussão das cláusulas, passa a ser a apenas uma disposição unilateral de vontade dos termos padronizados da empresa a serem adotados por mera concordância do consumidor, sem que seja sua real expressão de vontade. Porquanto não caberá a ele ainda que discordante de alguma possível especificação ali exposta discutir o contrato, apenas aceitá-lo ou rejeitá-lo¹²⁹.

A extensão do uso do contrato de adesão como meio de contratação atualmente é ampla, alcançando múltiplos tipos de negócios, tais quais, contratos de seguro, de transporte, planos de saúde, telefonia e internet, serviços bancários, compra e venda em geral, aluguel de imóveis e carros, assim em diante. Igualmente também é o método adotado pelo serviço público para atender sua ampla massa consumidora ao oferecer seus serviços básicos tarifados, como energia elétrica, fornecimento de água e/ou saneamento através de concessionárias para os consumidores¹³⁰.

Cláudia Lima Marques destaca três características dos contratos de adesão: a sua pré-elaboração unilateral, a sua oferta uniforme, isto é padrão, e

¹²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.71

¹²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 347.

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72.

¹³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72.

de caráter geral, para um número indeterminado de consumidores em suas futuras relações contratuais e o seu modo de aceitação, onde a aquiescência se dá por simples adesão a vontade manifestada pelo parceiro contratual oposto, economicamente mais forte (fornecedor)¹³¹.

Cabe observar que o contrato de adesão não se caracteriza apenas por estes três fatores expostos acima. O contrato de adesão também é a circunstância em que o contratante se encontra onde não pode deixar de contratar aquele que lhe propõe o contrato, porque se vê em situação em que visa satisfazer seu interesse e que por qualquer outro modo não poderá ser satisfeito. Diante de uma necessidade, o consumidor poderá estar em situação tão vulnerável que poderá ver-se obrigado a contratação, ainda que não se configure a coação, tão logo tal contrato não poderá ser anulado por vício de consentimento¹³².

O contrato de adesão trata-se de um acordo de vontades que pela situação fática é oferecido pré-elaborado pelo fornecedor ao consumidor, sua previsão no Código Civil de 2002 nos artigos 423 e 424, reconhece sua natureza contratual. Se o poder de negociação cláusula a cláusula está restrito, o mesmo pode se dizer do poder de negociar/barganhar do contratante mais fraco. Desta forma, cabe salientar a manutenção do vínculo, a fim de que se permita um controle efetivo do equilíbrio contratual¹³³.

Nota-se que a doutrina e a legislação em si tomaram medidas com a finalidade de permitir esse controle do equilíbrio contratual. Desta forma, o consumidor aderente, está amparado pelo dever de transparência nas relações de consumo que for firmar, assim ele deve ter a oportunidade de se informar

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72

¹³² ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra. Livraria Almedina, 1988. Apud. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 366

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74

sobre o conteúdo do contrato que lhe é oferecido e este deverá estar redigido de tal forma que o homem comum seja capaz de compreendê-lo¹³⁴.

Outro modo de manter o equilíbrio contratual é a hermenêutica que lhe é dada de forma que suas cláusulas dúbias sejam interpretadas de forma contrária de quem as redigiu, isso é, assumir a interpretação mais favorável ao consumidor aderente. Deriva-se deste pressuposto também que as cláusulas acrescentadas de alguma forma, individualmente, terão maior relevância daquelas que estão uniformizadas, pois se entende que essa discussão individual tem mais importância por representar a vontade pura dos contratantes. Ainda assim essa inclusão de cláusula não descaracteriza o contrato de adesão¹³⁵.

Cabe ressaltar que, apesar do limite a vontade do consumidor, o contrato de adesão é, na sociedade de consumo massificada atual, decorrente de sua agilidade e facilidade no modo de contratação bem como a previsibilidade dos custos e riscos empresariais por parte dos fornecedores, racionalizando a transferência de bens de consumo na sociedade¹³⁶, indispensáveis¹³⁷. Já Cláudia Lima Marques destaca:

“O contrato de adesão não é uma espécie nova e independente de contrato, mas um contrato de compra e venda, contrato de transporte, contrato de locação e outros mais variados tipos de contrato em que se usa, sim, um método comum de contratação, o de oferecer o instrumento contratual já impresso, prévia e unilateralmente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, o qual simplesmente “adere” à vontade manifestada no instrumento contratual.”¹³⁸

¹³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 75

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76

¹³⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 347.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

Entretanto, nem tudo são flores nos contratos de adesão, no mesmo ponto em que a facilidade de contratação, há a facilidade de o fornecedor se aproveitar de sua elaboração unilateral e prévia para incluir no corpo do contrato cláusulas de cunho abusivo, isso é, que asseguram excessiva vantagem ao fornecedor ou onerosa desvantagem para o consumidor¹³⁹.

Tais cláusulas irão macular não somente os princípios clássicos, mas sobretudo os princípios da nova teoria contratual. Muito embora o contrato seja uma forma de circulação de riquezas e obtenção de lucro, com a devida satisfação de interesses empresariais, deve haver no contrato justiça, equilíbrio e até mesmo equidade. O CDC vem desta forma, vedar o abuso da fixação de obrigações ao consumidor e até mesmo a exploração irregular da determinação de preços¹⁴⁰. Assim anota Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano:

“A contratação em massa, especialmente através do contrato de adesão, embora não sendo a fonte exclusiva de todos os males contratuais, representa, sem dúvida, o modo mais comum de desequilíbrio, de abuso e de exploração na contratação. E entre suas vítimas principais está o consumidor.”¹⁴¹

O contrato de adesão, por fim, surge como uma categoria aos contratos comuns, resultado de um longo processo de fragmentação do antigo conceito exposto. É por causa desta fragmentação que outros princípios, de ordem valorativa e de base constitucional (e portando, de fundamento social), começam a penetrar a composição destes acordos.

Logo, teorias como a da igualdade substancial ou do adimplemento substancial, que são aplicações concretas de princípios como a boa-fé objetiva

¹³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77

¹⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 364.

¹⁴¹ AMARAL JR., Alberto. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Apud. BENJAMIN, Antonio Herman V. *Proteção do Consumidor e Patentes: o caso dos medicamentos*. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 10. São Paulo. Revista dos Tribunais, abr./jun 1994. p. 21-26. Apud. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 370 e 371.

e função social, começam a ser utilizadas no intuito de relativizar princípios antigos, que eram a base do conceito de contrato clássico, bem como autonomia da vontade e até mesmo a exegese da *pacta sunt servanda*¹⁴².

Ora cabe salientar que a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo é inerente (pressuposta), conforme o princípio da vulnerabilidade, mas não inerente ao contrato de adesão, neste caso pressupõe-se a fraqueza do consumidor temporariamente ou até mesmo estrutural¹⁴³, desta forma aquele que contrata nem sempre é vulnerável perante o elaborador do contrato, contudo por este último possuir a posição de impor sua vontade no contrato, torna o contratante subjetivamente fraco.

¹⁴² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 376

¹⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78

3. DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

3.1. Breve Análise Quanto as Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão Decorrentes de Relações de Consumo.

Este capítulo visa o estudo do uso dos contratos de adesão nas relações de consumo (um breve estudo sobre estas relações) e uma análise sobre as cláusulas abusivas presentes nesses contratos, em especial aquelas que finalizam o contrato em razão do inadimplemento causando prejuízo ao consumidor, sem preservar a estabilidade da relação (teoria do adimplemento substancial).

O Código de Defesa do Consumidor, como um microssistema de normas que rege em conjunto e harmonia ao Código Civil de 2002 e outras normas, é uma lei que propende dar forma a função social, com objetivo, princípios e interpretações hermenêuticas possíveis¹⁴⁴ claramente traçados no seu art. 4º¹⁴⁵.

¹⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54/55.

¹⁴⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Desta maneira, o CDC traz às relações de consumo, garantias e direitos que visam dar segurança jurídica ao consumidor a partir do reconhecimento de que este se encontra em situação vulnerável se comparado ao fornecedor com quem contrata.

O CDC não visa à defesa do consumidor apenas quando adquire a qualidade de contratante, e sim a partir do momento que este se torna um possível consumidor, na fase pré-contratual de oferta e “negociação” e até mesmo da publicidade¹⁴⁶.

Como já relatado neste trabalho, os contratos de adesão, por sua característica de elaboração unilateral, sem a possibilidade de discussão das cláusulas, possibilita outro fato: de o fornecedor administrar a substância de suas vindouras relações contratuais com os consumidores como melhor lhes aprez¹⁴⁷. Consequentemente, estes contratos, não raramente, conterão em sua composição cláusulas que de alguma maneira garantem a quem elaborou a sua diminuição de deveres perante o outro contratante, exoneração de responsabilidades, minimizando riscos e custos de possíveis futuras lides¹⁴⁸.

Nem sempre o contratante tem a oportunidade de conhecer todos os termos do contrato com precisão, isto é a oportunidade de analisar cuidadosamente seus termos. Seja porque o contrato só é entregue quando a negociação já está efetivada, ou o pagamento já foi feito, ou porque o contrato está em outro lugar, por ser extensos ou impressos em letra próxima ao ilegível, com linguagem técnica exagerada, razões as quais desestimulam a leitura do consumidor e fazem-no confiar que as informações repassadas pelo

¹⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88.

¹⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 159.

¹⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 159.

fornecedor são verídicas e que este não irá impor cláusulas que o prejudique¹⁴⁹.

Ainda que o consumidor tenha a oportunidade precisa para a leitura dos termos do contrato, este ainda pode vir a aceitar os termos contratuais, mesmo que o contrato contenha cláusulas abusivas, ou por falta de conhecimento técnico, conhecimento jurídico, ou porque a cláusula está escrita de forma a dissimular seu verdadeiro teor, alterando sua verdadeira adequada, apropriada compreensão contextual¹⁵⁰.

Este caso ocorre geralmente quando, ou o serviço que o consumidor deseja é imprescindível para sua qualidade de vida, como energia, gasolina, água e saneamento; ou quando o produto que almeja tem um fornecedor que monopoliza sua produção, ou distribuição; ou quando todos os fornecedores daquele produto oferecem em prática as mesmas condições de contrato¹⁵¹. Desta forma o consumidor ao ponderar benefícios e os seus interesses quanto ao produto, adere a vontade do fornecedor, sem contestá-la, pois acima da abusividade condiciona sua satisfação pessoal¹⁵².

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵³ traz como principal característica ao assunto a abertura de interpretações sobre as possibilidades destas cláusulas, isto é as cláusulas indicadas nos incisos do referido artigo são apenas disposições exemplificativas¹⁵⁴, e tais previsões representam claramente mitigações ao princípio da *pact sunt servanda* (força obrigatória das

¹⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160

¹⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161

¹⁵³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

¹⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 354.

obrigações), uma vez que diminui consideravelmente o poder arbitrário das partes e constitui viva a possibilidade de intervenção estatal nos acordos. Como ressalta Leonardo Roscoe Bessa:

“O *caput* do art. 51, por meio da expressão “entre outras”, não deixa qualquer dúvida quanto a abertura do rol. Ademais, os incisos IV e XV do art. 51 reforçam o caráter exemplificativo, ao indicar, de modo genérico, critérios para aferição de abusividade”¹⁵⁵

Os referidos incisos tratam o assunto de forma genérica, mas alcançam o ponto de interesse no qual o CDC é fundamentado. As relações jurídicas de consumo estão permeadas pela boa-fé e a sua não observância pode gerar como principal sanção a sua nulidade de pleno direito. Assim, a previsão do inciso IV do art. 51¹⁵⁶, por ser genérica, alcança todo o conceito de cláusula abusiva, expandindo a interpretação sobre tais cláusulas. A previsão mais clara do inciso XV do mesmo artigo¹⁵⁷ traz uma interpretação quanto à contrariedade do código, isto é, sua observância para que a lei seja cumprida e que não haja cláusulas que omitam ou restrinjam a força da lei.

O Código de Defesa do Consumidor ao conceituar as *cláusulas abusivas*, uma versão moderna a expressão *cláusulas leoninas* utilizadas no Direito Romano¹⁵⁸, não se interessou em expressar qualquer avaliação subjetiva quanto às ações tomadas pelo fornecedor, isto é, se de sua parte houve, dolo e ou má-fé e ou qualquer vontade de garantir para si vantagem excessiva ou indevida¹⁵⁹.

Na verdade, a avaliação quanto à abusividade das cláusulas está relativa ao abuso do direito do consumidor, isto é o desvio da função da cláusula com o fim de garantir vantagem ao fornecedor e/ou que de alguma

¹⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 354.

¹⁵⁶ IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

¹⁵⁷ XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*: direito material e processual – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 267.

¹⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 354.

forma estão em desacordo com as exegeses principiológicas da boa-fé, observando-se os possíveis efeitos das cláusulas abusivas presentes no contrato e não a intenção de quem as elaborou¹⁶⁰.

O art. 51 do CDC reconhece de imediato à sanção que será imposta quanto à cláusula abusiva. Em seus termos, a nulidade de pleno direito, ou nos termos do Código Civil de 2002 a nulidade absoluta, é a negação de qualquer efeito jurídico que possa ter sido gerado ou a ser gerado quanto a esta disposição¹⁶¹. O parágrafo 2º do mesmo artigo¹⁶² prevê que a nulidade da cláusula abusiva não invalidará o contrato, a não ser que, quando a ausência de tal cláusula, apesar de qualquer esforço pra a integração por parte do juízo, decorrer ônus excessivo para qualquer uma das partes. Doutra forma, se o dano causado pela cláusula estiver presente, surgirá o dever ao fornecedor de repará-lo com base nas premissas da responsabilidade civil¹⁶³, presentes nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002¹⁶⁴.

Esta previsão quanto à manutenção do contrato, está relacionada ao reconhecimento do princípio da conservação do contrato, de maneira que o juízo, após anular a cláusula e seus efeitos, verifica se o acordo mantém suas condições de validade e faz com que o contrato continue a valer e manter sua função socioeconômica; ou se a cláusula, por outro lado, contaminar toda a relação, ocorre à invalidação de todo o negócio jurídico¹⁶⁵.

¹⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 355.

¹⁶¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 355.

¹⁶² § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual – vol. único*. São Paulo: Método, 2012. p. 268.

¹⁶⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 355-356.

Portanto quando o Código de Defesa do Consumidor traz a possibilidade de que a cláusula abusiva ser declarada nula, ou que haja a alteração contratual para manutenção do contrato e até mesmo a possibilidade de anular todo o negócio, reconhece o poder de intervenção do estado no contrato, dentro do que se espera de um estado social, justo e equilibrado¹⁶⁶, que prioriza a harmonia social e econômica, previsto nos termos da Constituição Federal de 1988 no art. 3º, inc. I.

Por conseguinte, as normas protecionistas ao consumidor, previstas no CDC, são como em sua própria definição do seu 1º artigo, de ordem pública e interesse social. Desta forma independe do pedido da parte em juiz. A nulidade de uma cláusula abusiva, pode ser reconhecida de ofício (*ex officio*) pelo julgador em consonância a interpretação conjunta do CDC com o Código Civil de 2002, que prevê em seu artigo 168, parágrafo único, “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”¹⁶⁷, mesmo quando o consumidor for o réu da ação. Nas palavras de Leonardo Roscoe Bessa “Trata-se, portanto de exceção à regra de que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta” (art. 128 do CPC)”¹⁶⁸.

3.1.1. Das Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. (Art. 51, inc. IV, do CDC)

Como já apontado, o princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual, atualmente, fazem parte e permeiam todas as relações jurídicas contratuais

¹⁶⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. direito material e processual – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 44

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 356.

¹⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 356.

que se estabeleçam entre as partes. Estas interpretações principiológicas alcançam inclusive as relações de consumo. Posto isso, passa-se a análise do inciso IV do art. 51 do CDC que diz:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”.

Ora, tal inciso tem ampla abrangência interpretativa. Acarreta-se em um sistema aberto onde é possível se incluir diversas situações onde os princípios da boa-fé e equidade contratual sejam maculados¹⁶⁹. Embora não esteja previsto expressamente, implicitamente se vê uma reafirmação da inerência da função social dos contratos, dentro da linha da nova teoria contratual¹⁷⁰.

A despeito do rol do art. 51 ser exemplificativo, aqui o legislador abriu preceito a possível nulidade das cláusulas que claramente conspurquem os referidos princípios¹⁷¹. O parágrafo primeiro do supramencionado art. 51 do CDC¹⁷² complementa e elenca alguns casos em que há o claro abuso do fornecedor sobre o consumidor¹⁷³.

Esta infringência aos referidos princípios geram o instituto da lesão objetiva referente ao consumidor. Esta se diferencia da lesão civilista porque “exige” do contratante preliminarmente uma necessidade ou inexperiência para com objeto relativo ao negócio. Contraparte no sistema de defesa do

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 270

¹⁷⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 363.

¹⁷¹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 270.

¹⁷² § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

¹⁷³ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 271.

consumidor, esta lesão exige apenas a caracterização do desequilíbrio pelo desdouro dos princípios da boa-fé e da função social¹⁷⁴.

A abertura de interpretação oferecida pelo inciso ensejará que o juiz fundamente bem as decisões tomadas como base neste dispositivo para declarar nula uma cláusula abusiva, de modo que afastar-se-á as críticas quanto a relatividade, subjetivismos e arbitrariedade de aplicação da proteção em si¹⁷⁵.

Doutro modo ainda que de alguma forma caracteriza-se arbitrariedade, em grau de recurso os tribunais criam jurisprudências que contornam a aplicação do princípio da boa-fé em busca de respeitar o equilíbrio contratual¹⁷⁶.

Tal inciso basicamente positiva a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, assim ambas as partes do contrato devem buscar a cooperação. Se uma das partes age em desacordo a este instituto e de alguma forma impossibilita seu cumprimento, a extinção do contrato será uma das alternativas possíveis a serem tomadas, afim de evitar o abalo econômico para as partes¹⁷⁷.

Ora, uma vez que tal inciso tenha tão ampla abrangência, são inúmeras as situações de sua aplicação em defesa ao consumidor na jurisprudência. Destarte, para fins deste estudo, analisaremos os casos em que há a rescisão contratual por parte do fornecedor, alegado em vista ao

¹⁷⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012. p. 271

¹⁷⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 364.

¹⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 366.

¹⁷⁷ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. p. 529 - 558 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 547.

inadimplemento do consumidor, próximo a conclusão do contrato e a possibilidade do reconhecimento do adimplemento.

3.2. Do Adimplemento Substancial

No trabalho até aqui elaborado, onde em seu primeiro capítulo foi analisado brevemente as origens históricas do conceito de contrato clássico, as influências que recebeu na época e os princípios que o permeavam (autonomia da vontade, força vinculante e relatividade dos efeitos contratuais).

Já no segundo capítulo analisou-se a evolução deste conceito em decorrência do surgimento do consumo em massa e com a influência do capitalismo social onde há a intervenção estatal moderada com o fim de proteção de sua sociedade de consumo, e os novos princípios decorrentes destes fatos (boa-fé, função social e equilíbrio contratual); assim como o surgimento do conceito de contratos de adesão.

Já neste capítulo se estudou o conceito de cláusulas abusivas que trata o Código de Defesa do Consumidor, decorrentes, em sua maioria, da oportunidade “concedida” aos fornecedores para a elaboração dos contratos de adesão. À vista disso, passa-se a análise de uma cláusula abusiva mais específica, onde haverá a aplicação da teoria a qual se trata este trabalho, do adimplemento substancial.

3.2.1. Do Conceito e das Modalidades de Inadimplemento e a da distinção quanto à Mora.

O adimplemento é o cumprimento de uma obrigação em um negócio obrigacional. Sua realização é, em geral voluntária, com a finalidade de alcançar o benefício argüido através da execução, cumprimento ou pagamento¹⁷⁸. Atentando-se a normalidade obrigacional onde as partes

¹⁷⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

cumprem o especulado no termo da relação, satisfazendo-se mutuamente e finalmente extinguindo o contrato¹⁷⁹.

Após este o devedor encerra seu vínculo com seu credor¹⁸⁰. Entretanto, em geral, o contrato traz obrigações, direitos e deveres para ambas as partes do contrato, uma não é só devedora da outra como a outra também é devedora da primeira, assim forma-se um conjunto de interesses que se complementam e unicamente serão extintos após ambos os lados terem cumprido suas respectivas obrigações¹⁸¹. A possibilidade de exigir o cumprimento do contrato, para ambas as partes, decorre da idéia de que as partes estão vinculadas ao contrato decorrentes de sua autonomia e sua respectiva declaração de vontade¹⁸².

O inadimplemento é a não realização da obrigação, conforme prevista, independente do motivo ou causa, seja total ou parcial. Uma vez que se constituem deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, o seu conceito não está apenas vinculado ao objeto da relação obrigacional em si, mas também a estes conjuntos de direitos e deveres que atingirão ambas as partes do contrato¹⁸³. Logo, o não cumprimento de disposições legais cogentes, supletivas ou laterais decorrentes do princípio da boa-fé também caracteriza o inadimplemento, ainda que a obrigação principal tenha sido cumprida¹⁸⁴.

A primeira modalidade compreendida no conceito de inadimplemento refere-se quanto ao seu cumprimento inexato. Ora nem sempre as partes cumprem ao certo todos os aspectos compreendidos na

¹⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 251

¹⁸⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

¹⁸¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

¹⁸² LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 52.

¹⁸³ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

¹⁸⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

obrigação. Aqui não se fala do aspecto quanto ao tempo de cumprimento, e sim justamente aos direitos e deveres laterais e decorrentes da obrigação. Aqui pode-se verificar dois caminhos, quanto a qualidade e quanto a quantidade¹⁸⁵.

A inexatidão quantitativa refere-se ao fato de uma das partes não cumprir integralmente conforme estava previsto, isto é pagar apenas uma porcentagem do valor, ainda que muito próximo ao exigido. Já quanto a qualidade refere-se a cumprimento defeituoso, isto é a não observância das exigências contratuais, como quanto ao lugar, tempo e forma de prestação da obrigação que gera a insatisfação de uma das partes¹⁸⁶.

A segunda modalidade refere-se ao cumprimento retardado da obrigação, onde uma das partes não observou da correta maneira a pontualidade no cumprimento de seu dever, conforme previsto no contrato. Aqui este conceito equivale-se a mora¹⁸⁷.

Ora, ambas a partes contratantes, vinculadas ao contrato e a sua força obrigatória, estão compelidos a cumprir o contrato conforme determinado e esperado, ou dentro dos prazos da lei quando o contrato não trazer tal determinação. Em fato, os contratos geralmente têm sua previsão de forma, tempo e lugar de pagamento segundo a previsão legal do artigo 394 do Código Civil de 2002¹⁸⁸.

Estar-se-á diante de mora, quando o descumprimento da obrigação tornar impossível seu cumprimento posterior, onde há apenas um retardo, o que caracteriza, não há a inadimplemento absoluto da obrigação diante de uma impossibilidade, conforme seu conceito e esta baseia-se em dois aspectos: a

¹⁸⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

¹⁸⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

¹⁸⁷ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

¹⁸⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

dilação do tempo previsto para seu cumprimento e a culpa da parte que deveria cumprir e não cumpriu¹⁸⁹.

A culpa é elemento subjetivo na mora. Assim prevê o artigo 396 do Código Civil de 2002 que se não há fato ou omissão imputável ao devedor, este não incorrerá em mora. Isto é, se não o devedor não tem culpa do inadimplemento, não se caracteriza a mora¹⁹⁰.

O supracitado código no artigo 475 conjectura que a parte lesada, ou de modo geral qualquer pessoa lesada, poderá exigir o cumprimento do contrato ou resolvê-lo¹⁹¹, sempre amparado por perdas e danos. Tal previsão está baseada na cláusula resolutiva elencada no artigo anterior relativa a resolução do contrato, com possibilidade de reconhecimento em judicial para aplicação tácita¹⁹².

Mesmo assim, o artigo 395, no seu parágrafo único deixa claro que a resolução contratual apenas será uma opção quando do contrato acarreta dano, doutra forma a simples atraso da prestação que não tenha causado qualquer prejuízo a quem devia recebê-la não ensejará que o contrato seja resolvido¹⁹³.

Ora, uma vez extinto o contrato e a situação jurídica retornando ao seu estado anterior geraria novamente ao credor “beneficiado”, com a resolução, todos os problemas que antes teve de suportar. Assim o credor que recebe do mesmo modo uma casa teria de pô-la a venda mais uma vez por ter optado por uma resolução contratual diante do não pagamento de uma das

¹⁸⁹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

¹⁹⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

¹⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 250

¹⁹² ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 124.

¹⁹³ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. p. 529 - 558 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 530.

várias parcelas do devedor, por exemplo. Isto porque não optou por uma ação de cobrança quanto à parcela e sua execução. Logo, cabe também ao credor escolher o caminho que melhor lhe caberia: optar pela resolução ou apenas por uma respectiva ação de cobrança com os respectivos direitos de indenização de perdas e danos e outras prováveis multas previstas no termo contratual¹⁹⁴.

O CDC traz ainda um apontamento claro quanto a cláusula de resolução nos contratos de adesão no §2º do art. 54 “Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.”. Assim, poder-se-á nestes contratos optar pela resolução ou pelo cumprimento, desde que assim previsto. Posto isso, o inadimplemento por vezes será tão grave que o uso da resolução não será abusivo, como nos casos do credor que constantemente deixa de pagar ou atrasa sucessivas parcelas de um financiamento¹⁹⁵.

Nenhum contrato é *ad eternum*. Eles devem ter o seu fim determinado e se não tiverem, entender-se-á que o fim ocorrerá quando do seu objeto principal houver o cumprimento. Portanto, tão logo as partes cumpram o estabelecido no termo, o contrato se encerra¹⁹⁶.

Ainda que inerente a todos os contratos, a resolução por via judicial deve ser adotada com cautela, pois é incomensurável a insegurança jurídica que se causaria. O poder judiciário não irá intervir no negócio em si, nem nas iniciativas econômicas adotadas pelas partes, a não ser nos casos que seja ululante uma ilicitude que de tal forma macule a ordem pública, econômica e social e vá contra o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

¹⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 256

¹⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 263

¹⁹⁶ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. p. 529 - 558 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 531

Por fim, o risco que as partes assumem no negócio, está vinculado ao fato destes terem liberdade para a busca do lucro¹⁹⁷.

Diante de diferentes situações, caberá ao juiz analisar a gravidade do descumprimento em relação a parte assim como a frustração e ou insatisfação desta, deverá este basear-se nos princípios da nova teoria contratual¹⁹⁸. A busca do equilíbrio contratual é extensa, sendo o papel da lei destacável e o intervencionismo do estado necessário, visto que cabe a este proteger os interesses sociais, sem se esquivar dos interesses relativos às partes quando contrataram¹⁹⁹.

O intervencionismo estatal não deve ser entendido como medida arbitrária, uma vez que se baseia nos conceitos e princípios que permeiam o Estado Social. Como já exposto, o interesse social prevalece sobre interesse individual com forças para relativizar o princípio da autonomia da vontade, assim a extinção do contrato não é medida arbitrária, contudo representa grande autonomia ao poder judiciário no uso de seu poder discricionário²⁰⁰. Por isso ressalta-se a cautela do juiz para que este não macule a função econômica do contrato, intervindo na ordem econômica e evitando um reflexo posterior no sistema de produção e distribuição de bens²⁰¹.

Mesmo diante de tal situação, perdura a questão se tal resolução deve ser absoluta, uma vez que em variadas situações o incumprimento de uma obrigação relativa ao contrato será insignificante para caracterizar sua

¹⁹⁷ CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. p. 529 - 558 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 532.

¹⁹⁸ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.p. 504 – 528 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 511.

¹⁹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.p. 504 – 528 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514.

²⁰⁰ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.p. 504 – 528 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514.

²⁰¹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.p. 504 – 528 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 514.

descontinuidade²⁰². Diante da breve explicação de tais aspectos e conceitos, passa-se a analisar a teoria do adimplemento substancial, seu histórico no direito estrangeiro e sua aplicabilidade no direito brasileiro.

3.2.2. História, Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Estrangeiro.

Há na doutrina brasileira pouca previsão e estudo sobre o instituto do adimplemento substancial, pois desde o Código Civil de 1916 até as leis atuais não há uma positivação deste. Apenas agora, diante dos estudos efetuados em torno do princípio da boa-fé objetiva, inclusive com aplicação jurisprudência, que surgem os primeiros estudos do instituto.

No amplo universo dos negócios jurídicos, especialmente aqueles regulados através de contrato, dois fatores apresentam-se constantemente como causa para a resolução do contrato: o descumprimento obrigacional, isso é o inadimplemento da prestação; e noutra face a onerosidade excessiva desta. Diante desse entendimento, nem sempre o inadimplemento tem suficiente relevância para resolver o contrato que se pensou a teoria do adimplemento substancial.

Na contemporaneidade, a teoria do adimplemento substancial visa beneficiar o devedor, já que apesar de inadimplente, deseja cumprir sua obrigação e manter o vínculo obrigacional para respeitar o princípio da boa-fé. Em geral o devedor que se beneficiará deste instituto passa por mal momentâneo, circunstancial ou imprevisível e por isso está inadimplente, entretanto seu objetivo é o cumprimento do termo²⁰³.

O Código de Napoleão inovou ao positivar a possibilidade de resolução do contrato quando há por parte de algum contratante o

²⁰² ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 125.

²⁰³ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 54.

descumprimento. Entretanto, já naquele ponto se discutia a relevância do descumprimento em relação ao contrato e a sua possibilidade solução posterior²⁰⁴.

O direito inglês foi o primeiro a elaborar as teorias referentes ao cumprimento parcial da obrigação. Diante deste direito o não cumprimento da obrigação principal ensejaria o inadimplemento absoluto com a devida resolução do contrato. Porém, se o descumprimento referir-se apenas a um dever acessório, lateral ou cogente; ensejar-se-ia apenas a possibilidade de cobrança de perdas e danos²⁰⁵.

Contudo tal aplicação ignorava a gravidade do inadimplemento, uma vez que a não observância de um dever lateral do contrato pode sim gerar sua resolução, pois em alguns casos seu cumprimento está tão vinculado a prestação principal que a sua não observância irá gerar grande dano e sua aplicabilidade apenas em termo de perdas e danos uma grande injustiça ao contratante frustrado.

O próprio direito inglês procurou uma solução quanto à gravidade do não cumprimento de uma previsão contratual. Passou-se a consequência do descumprimento em si. Desta forma o descumprimento leve que não acarrete grande prejuízo a parte, irá gerar perdas e danos. Por outro lado o descumprimento grave, que gere danos relevantes, injustiça ou onerosidade admitir-se-á a resolução do termo de contrato.

A teoria do adimplemento substancial tem como marco inicial o caso Boone versus Eyre, sendo elaborada por Lord Mansfield em 1779, onde o contrato já havia sido adimplido substancialmente de tal forma que não se aceitou a imposição de resolução contratual com perdas para o devedor quanto às prestações que já havia realizado, competindo ao credor apenas

²⁰⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57.

²⁰⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

indenização e ali considerou-se o direito de resolução contratual abusivo²⁰⁶. Desta forma aponta Vera Fradera:

“(...) a doutrina da substancial performance pode ser explicada como resultante da aplicação do Princípio da Boa-Fé em sua atuação mais moderna, criando deveres , possibilitando restringir a regra de o cumprimento sem completo ou integral, admitindo solução diversa”²⁰⁷

A decisão inglesa resume a importância da distinção quanto a gravidade do descumprimento, o que poderia gerar grandes injustiças. Uma vez que houve casos em que o simples descumprimento de uma condição acessório menor gerava a resolução contratual e por outro lado o descumprimento grave poderia gerar perdas e danos²⁰⁸.

O direito civil italiano traz positivado que não poderá acontecer a resolução contratual se o inadimplemento de uma das partes tem pouquíssima importância no direito da outra, prevendo desde logo uma limitação a possibilidade de resolução contratual, cabendo ao juiz identificar, dentro dos discernimentos do princípio da boa-fé, a gravidade do descumprimento e o interesse da outra parte quanto a questão²⁰⁹.

Ainda para este direito, será grave o inadimplemento quando este tornar impossível um cumprimento posterior (inadimplemento absoluto) ainda que amparado por perdas e danos. Após a avaliação do juiz, quanto a gravidade do inadimplemento, se decidir por de pouca importância, facultará a parte a cobrança de perdas e danos e o cumprimento da obrigação se possível²¹⁰.

²⁰⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 126.

²⁰⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 126.

²⁰⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva 2011. p. 58.

²⁰⁹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva 2011. p. 60.

²¹⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

O direito português seguiu a mesma linha de pensamento, claramente inspirado no código civil italiano de 1942. Contudo o código português acrescenta que se o inadimplemento parcial da obrigação atender a um interesse próprio quanto a parte que seria prejudicada, então será considerado de pouca importância²¹¹.

Na Alemanha em 2002 houve a reforma do seu Código Civil (BGB) que trouxe a previsão quanto a avaliação acerca da gravidade do descumprimento. Para este direito só será possível a resolução contratual quando a parte atingida não tiver nenhum interesse no cumprimento parcial da obrigação. No seu § 323 (5) do BGB então prevê que não cabe ao credor a faculdade da resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante. O legislador alemão ainda se preocupou em ressaltar que a lesão não está vinculada a obrigação em si, mas aos deveres do contrato e dele derivado²¹².

No direito francês, o juiz pode dilatar o prazo para o cumprimento da prestação, beneficiando o devedor, ao perceber que o inadimplemento da parte foi de pouca importância ou gravidade para o credor, desta forma elimina-se a resolução contratual, cabendo indenização²¹³.

A Espanha segue a tendência mundial quanto a preservação do vínculo contratual, ocorrendo a resolução apenas quando verifica-se o inadimplemento substancial, isto é relevante da obrigação. Assim ao juiz espanhol cabe apontar a indenização por perdas e danos após valorar a gravidade do inadimplemento para a parte atingida²¹⁴.

No Brasil o primeiro doutrinador a tratar do tema foi Clóvis Couto e Silva apontando que ao juiz cabe integrar e adequar a ordem jurídica e aplicá-

²¹¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

²¹² MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

²¹³ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

²¹⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

las de forma a modificar o resultado social. Assinalou então que o inadimplemento tão próximo ao resultado final, em vista aos contornos do princípio da boa-fé, deve excluir a resolução direta do contrato, cabendo apenas o pedido de indenização por perdas e danos e por final o adimplemento do contrato²¹⁵.

O mesmo doutrinador trouxe já os primeiros estudos e interpretações quanto aos deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé, e assinalou quanto ao credor que não teria seu direito maculado, uma vez que não prestasse a abusividade da resolução direta em face de uma pequena parcela não resolvida.

3.2.3. O Princípio da Boa-fé e a Teoria do Adimplemento Substancial no Brasil.

A teoria do adimplemento substancial, como exposto, baseia-se no princípio da boa-fé objetiva, apresentando-se como uma limitação a possibilidade de imposição abusiva do credor para com o devedor de interromper o contrato, reiterando a função econômica e social do contrato²¹⁶.

Já foi demonstrado que desde as novas concepções contratuais, assume-se implícito a todas as relações contratuais a boa-fé, como uma cláusula geral, com seus respectivos objetivos, gerando direitos e deveres colaterais para ambas as partes. Tal princípio está relacionado muito mais a hermenêutica contratual do que a sua estrutura em si.

O princípio da boa-fé objetiva afasta a visão individualista e atenta a concepção social econômica do contrato, este como uma peça essencial em todo um sistema econômico. Assim os contratantes pelo princípio deverão agir positivamente e limitando possíveis abusos de direito que antes diante da

²¹⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 126.

²¹⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

concepção de igualdade decorrente do princípio da autonomia da vontade seriam permitidas²¹⁷.

Com as novas visões doutrinárias das relações obrigacionais, verificou-se um excessivo adoçamento da liberdade de contratar individual das partes, porquanto na teoria moderna demonstrada, a autonomia da vontade deixa de ser a base fundamental do contrato, uma superação da visão individualista para a consciência social representada pelo princípio da função social do contrato²¹⁸.

Espera-se o cumprimento normal do contrato diante das balizas de tais princípios, tendo em vista o interesse social da de manutenção deste vínculo. Evitando-se que o credor desarmonize todo um sistema econômico apenas porque o devedor inadimpliu de alguma forma uma das várias parcelas que terá de lhe pagar maculando doravante a função econômica social da relação contratual e de seu respectivo termo²¹⁹.

No Código Civil de 2002, o maior problema para aplicação do instituto relaciona-se quanto ao seu art. 475 que permite ao credor lesado pelo descumprimento a resolução do termo de contrato. Contudo tal artigo não traz qualquer definição quanto a qual tipo de inadimplemento ou quanto a sua relevância a relação contratual. O credor, no Brasil, poderia assim, diante de qualquer inadimplemento resolver o contrato²²⁰.

O mesmo entendimento se estenderá as relações obrigacionais contratuais decorrentes de uma relação de consumo, podendo o fornecedor decidir pela resolução do contrato, abusivamente, sem sequer prever este

²¹⁷ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 59.

²¹⁸ SILVA, Vivien Lys Ferreira da. *Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 96-97.

²¹⁹ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 60.

²²⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e inadimplemento substancial das obrigações*. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 81.

direito para o consumidor e sem medir as conseqüências do inadimplemento para si, apenas porque, de alguma forma é interessante a resolução contratual naquele momento.

Ora, uma vez que tal resolução pode exigir que consumidor tenha que vir a firma novo contrato com o fornecedor, com condições ainda mais favoráveis para si, ou que tenha que passar por requisitos elegíveis para a concretização do negócio novamente, como na carência de planos de saúde.

A posição vantajosa do fornecedor também cabe ser analisada. Muitos serão os consumidores que contratam com um fornecedor e muitas vezes os inadimplementos que terá serão ínfimos a sua grandeza econômica. É claro que tal argumento não fundamenta o inadimplemento por parte de consumidores, apenas o fato que o fornecedor em muitos casos é capaz de suportar a inadimplemento de alguns de seus consumidores. Desta forma a relevância destes inadimplementos são ínfimas para ensejar a resolução contratual de todos, ou até mesmo de parte deles a quem seja de seu interesse, restando-lhe a cobrança de perdas e danos.

É perceptível que a resolução do contrato é medida extrema do credor para o devedor, uma vez que encerra todos efeitos jurídicos produzidos ou que poderia vir a ser produzidos. Desta forma o inadimplemento insignificante para o credor que acarrete a resolução do contrato é abusivo e vai contra as diretrizes da função econômica do contrato, assim a proibição da resolução pelo princípio da boa-fé, visa apenas atender também as exigências de outro princípio: o da função social²²¹.

O instituto do adimplemento substancial vem para proibir a abusividade desta relação e o princípio da boa-fé consubstancia tal efeito tendo em vista que tem função defensiva quanto a limitação dos direitos subjetivos. Não há doutra forma na legislação brasileira qualquer dispositivo que permita o

²²¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81-82.

balanceamento quanto a gravidade do incumprimento obrigacional por uma das partes, porém há quanto a não observância da boa-fé²²².

Contudo, a teoria do adimplemento substancial paulatinamente ganha força na doutrina e na jurisprudência brasileira que seguem a linha do pensamento europeu já apresentado. Isso é a tentativa de preservação do contrato para sustentação de sua função social diante do inadimplemento insignificante na relação²²³.

Logo aplicar-se-á a teoria do adimplemento substancial em diferentes situações, como quando houver o cumprimento irrisório da obrigação principal, por exemplo em contratos de trato continuado ou de trato sucessivo, onde se estipula o pagamento em prestação pecuniárias, como nos contratos de seguro; ou de compromisso de compra e venda, ou ainda os casos de alienação fiduciária em garantia²²⁴.

Também será aplicável o instituto nos casos de inadimplemento de uma prestação acessória do negócio, isso é toda conduta expressa ou tácita necessária para o cumprimento exato do contrato. Neste caso o devedor cumpriu totalmente a obrigação principal, mas foi inadimplemente total ou parcialmente em uma prestação acessória do contrato²²⁵. Em geral esses deveres estão diretamente relacionados às exegeses do princípio da boa-fé, por isso cabe a análise se a inobservância desta prestação macula a função econômico-social do contrato. Se positivo, a resolução contratual pelo credor não se caracterizará como abusiva²²⁶.

²²² MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82-83.

²²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 179.

²²⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 100.

²²⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

²²⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

Por final, o adimplemento substancial será cabível nos casos de mora, isso quando desta resultar a impossibilidade do cumprimento da prestação, como nos casos de contrato que tem um prazo certo, por exemplo, o de costureiro que tem de confeccionar certo tipo de roupa para uma festa, ou daquele que tem que elaborar um bolo para determinada comemoração. Assim o incumprimento será logo grave e impossível de se realizar posteriormente²²⁷.

Contudo, em casos onde o atraso não acarreta danos ao credor, sendo ainda possível o cumprimento da obrigação, caberá a aplicação do instituto, resguardado o direito do credor de perdas e danos. Cabe observar que poder-se-á considerar o devedor inadimplente se o credor lhe conceder novo prazo e novamente o devedor deixar de cumprir sem motivo justificável aparente, uma vez que o credor não pode ficar a mercê da vontade do devedor de cumprir a obrigação quando bem quiser²²⁸.

Desta forma a jurisprudência atual no Superior Tribunal de Justiça proclama que “o adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução”²²⁹.

O egrégio tribunal reconhece a abusividade da resolução contratual quanto ao descumprimento de pouca importância, conforme acórdão abaixo.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. (STJ REsp 272739 / MG RECURSO

²²⁷ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

²²⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106.

²²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 180.

ESPECIAL 2000/0082405-4 Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 01/03/2001)

Quanto à mensuração aponta-se o acórdão relatado pelo ministro Raul Araújo, onde o egrégio tribunal decidiu pela manutenção da aplicação da teoria do adimplemento substancial, uma vez que a parte devedora fez depósito que complementou o valor de forma aceitável quanto a mensuração da gravidade do inadimplemento, para reconhecimento do instituto, já no processo²³⁰.

Já no acórdão do excelentíssimo ministro Luis Felipe Salomão reconheceu-se o instituto contra o abuso do fornecedor que deixou de receber os valores em atraso do consumidor que tentou, de boa-fé, efetivar o

²³⁰ (...) A teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. O adimplemento de mais de 80% das parcelas avençadas no contrato conduz à ausência de mora, que, por ser pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, enseja a extinção do feito sem resolução de mérito. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO." (fl. 139) A agravante alega, no especial, ofensa ao art. 3º, caput, do Decreto-Lei nº 911/69, sustentando, em síntese, o descabimento da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. O inconformismo não merece acolhimento. Com efeito, verifica-se que a Corte Estadual ao manter a sentença que julgou improcedente a ação de busca e apreensão tendo em conta o adimplemento substancial da dívida, assim se manifestou: "Insurge-se o recorrente contra decisão monocrática vazada nas seguintes letras: II – Fundamentação A teoria do adimplemento substancial atua como instrumento de equidade colocado à disposição do intérprete, impondo que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. No direito pátrio, o adimplemento substancial, embora não tenha sido expressamente consagrado, vem sendo aplicado a partir da interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa, todos previstos no Código Civil de 2002. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: (...) No presente caso, conforme informações trazidas pelas partes, quando do ingresso da ação havia sido adimplido 62% do contrato, ou seja, 33 das 53 parcelas ajustadas. Contudo, diante do depósito de fl. 99, chega-se ao pagamento de mais de 80% do valor contratado, caracterizado, portanto, o adimplemento substancial. Dessa forma, o adimplemento de mais de 80% da dívida contraída conduz à ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de apreensão e depósito, o que enseja a extinção do feito sem resolução de mérito na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil." (...) (STJ Ag 1235951 Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO Data da Publicação 14/02/2011 AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.235.951 - RS (2009/0184571-0) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO)

cumprimento de sua obrigação, contudo foi impedido pelo credor e não recebeu o devido pagamento após o sinistro²³¹.

Desta forma cabe ressaltar as decisões do STJ quanto à mensuração do incumprimento para a aplicabilidade do instituto. Já exposto o acórdão do ministro Raul Araujo que aponta em tendência ao reconhecimento de tal após o cumprimento de pelo menos 80% da prestação, ainda que já no eventual processo de cobrança do credor.

Ora, tal decisão visa não só aplicar a reconhecida hermenêutica do princípio da boa-fé objetiva, mas também dar celeridade ao processo. Uma vez que o devedor cumpra, assim que recebe a intimação do processo, parte razoável da obrigação, os 80% ou mais, caracterizar-se-ia assim sua boa-fé quanto ao contrato e a sua vontade de cumprimento.

Particulares são os motivos que levam os consumidores ao inadimplemento de suas obrigações. Contudo não se retira a observância de

²³¹ 1. O contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras estender-se, no que couber, às entidades abertas de previdência privada (art. 73, LC n. 109/2001). 2. Portanto, à pretensão de recebimento de pecúlio devido por morte, aplica-se a jurisprudência da Segunda Seção relativa a contratos de seguro, segundo a qual "o mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação" (REsp 316.552/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, DJ 12/4/2004, p. 184). 3. Ademais, incide a teoria do adimplemento substancial, que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 4. No caso, embora houvesse mora de 90 (noventa) dias no pagamento da mensalidade do plano, antes da ocorrência do fato gerador (morte do contratante) tentou-se a purgação, ocasião em que os valores em atraso foram pagos pelo *de cujus*, mas a ele devolvidos pela entidade de previdência privada, com fundamento no cancelamento administrativo do contrato ocorrido 6 (seis) dias antes. 5. Com efeito, depreende-se que o inadimplemento do contrato – a par de ser desimportante em face do substancial adimplemento verificado durante todo o período anterior - não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor. Na verdade, o evitável inadimplemento decorreu essencialmente do arbítrio injustificável da recorrida - entidade de previdência e seguros - em não receber as parcelas em atraso, antes mesmo da ocorrência do sinistro, não agindo assim com a boa-fé e cooperação recíproca que são essenciais à harmonização das relações civis. 6. A entidade de previdência obstou a purgação da mora por motivo injustificado, antes mesmo da ocorrência do fato gerador, somando-se a isso a inequívoca conduta pautada na boa-fé do consumidor, por isso incabível a negativa de pagamento do pecúlio depois de verificada morte do contratante. Incidência do art. 21, § 3º, da Lei n. 6.435/77. (STJ Resp Nº 877.965 - SP RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO)

que existem aqueles que, apesar de inadimplentes, tem ululante interesse no cumprimento do contrato e de seu seguimento.

Os julgados do TJRS²³² apontam na direção que o cumprimento mais de 80% da obrigação já afasta a possibilidade de resolução contratual

²³² APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. A prova constante nos autos dá conta de que houve pagamento de 62,5% do preço do contrato, o que não autoriza a aplicação da teoria do adimplemento substancial. A situação retratada na inicial é evidenciada pelas provas aportadas não caracteriza responsabilidade por danos morais, porquanto decorrente do próprio comportamento das partes, que não agiram com a cautela necessária. Os supostos prejuízos materiais que as autoras teriam sofrido não guardam relação com a inadimplência parcial da ré, pelo menos no que tange à prova carreada aos autos. E era ônus das requerentes demonstrar cabalmente os fatos constitutivos de seu direito, e do qual não se desincumbiram a contento. Sentença mantida. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70053103594, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 23/04/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato enquanto não houver a quitação de 80% do mesmo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70054021480, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Sbravati, Julgado em 09/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VEÍCULO. ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DA SEGURADA. SUSPENSÃO DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA INDEVIDA. Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária decorrente de contrato de seguro veicular, julgada procedente na origem. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro, na medida em que se trata de relação de consumo, consoante traduz o art. 3º, §2º do CDC. Outrossim, é imperiosa a aplicação do princípio da boa-fé contratual, em atenção a norma do art. 765 do novel CC, que reeditou o art. 1.443 do CC/1916. O contrato de seguro é a convenção pela qual alguém adquire, mediante pagamento de um prêmio, o direito de exigir da outra parte uma indenização, caso ocorra o risco futuro assumido. Essa espécie contratual não se rescinde de pleno direito tão-só pelo atraso no pagamento de uma ou algumas das prestações do prêmio. Todavia, enquanto o pagamento não for regularizado, eventual sinistro estará fora de cobertura, haja vista que o artigo 12 do Decreto-lei nº 73/66 e 21, §3º da Lei Federal n.6435/77, dispõe que a seguradora não fica obrigada a pagar a indenização se, na data do óbito ou sinistro, o segurado estava em atraso quanto ao pagamento do prêmio, razão pela qual se encontrava suspenso o contrato. Ademais, não há cobertura securitária durante o prazo de suspensão do seguro, pois que a reabilitação pelo pagamento do prêmio em atraso opera ex nunc. É certo que a jurisprudência dominante atualmente é de que o inadimplemento do contrato de seguro pelo não pagamento do prêmio ou pagamento parcial não acarreta ope legis a resolução do contrato e que há a necessidade de notificação premonitória. Tenho, pessoalmente, certa reserva às interpretações literais, benevolentes e liberais, pois emprestam insegurança aos negócios jurídicos e contribuem por abarrotar os escaninhos do Poder Judiciário em busca da cura milagrosa. O agir probo, correto, ético e honesto deve ser prestigiado, sempre com respaldo nos termos do contrato e nas circunstâncias processuais e pré-processuais que adornam o caso litigioso. Correto afirmar que o adimplemento substancial e ou o mero e eventual inadimplemento de parcelas do prêmio, ocasional mesmo, de uma ou duas prestações de parte do prêmio, não pode gerar ipso facto o rompimento imediato e instantâneo do contrato de seguro. São os termos do contrato e as circunstâncias que

pelo credor, tendo assim de buscar o cumprimento das parcelas em aberto pelas vias comuns processuais²³³.

Portanto, observa-se a mensuração quanto ao caráter quantitativo, isso é o montante que o devedor cumpriu da sua obrigação para com o seu credor. Assim o termo substancial explica por si, que essa quantidade deve ser

adornam a relação negocial trazidas aos autos que podem infirmar se o inadimplemento operou o rompimento do vínculo contratual de modo definitivo à luz da interpretação da boa-fé objetiva. Além disso, modo fundamental, é a exegese que se faz necessária nessa matéria tormentosa, de modo a amalgamar eventuais contradições e imprecisões. A rescisão do contrato de seguro ou o cancelamento da apólice de seguro, conforme orientação de jurisprudência monolítica, exigem a interpelação ou notificação premonitória - *interpelatio pro hominis*. Agora, por outro lado, o atraso no pagamento do prêmio pelo segurado, de regra, acarreta a suspensão da cobertura do seguro até sua reabilitação que ocorrerá com a retomada do pagamento do prêmio e demais encargos *ex re*. O contrato de seguro encerra cláusula resolutiva expressa *sui generis* no sentido de que o segurado não terá direito à indenização se não proceder tempestivamente a *emendatio morae*. Por isso, enquanto o pagamento não for regularizado, eventual sinistro estará fora de cobertura (Resp.n.252.705/PR). Inteligência dos arts.1092, 1432 e 960 do CCB/16, art.401,inc.I e 763, ambos do CCB/2002, do art.12 do Decreto-Lei n.73/66, da Portaria n.13 da SUSEP e art.21,§3º da Lei Federal n.6435/77. A exceção corre por conta dos princípios da boa-fé objetiva e dos corolários da proporcionalidade e razoabilidade. Inocorrentes no caso em apreço, contudo. In casu, como a própria autora reconheceu na inicial, apenas as primeiras cinco parcelas do prêmio foram pagas (22.08.2008 a 22.12.2008) sendo que as demais não foram adimplidas pela seguradora por dificuldades financeiras, circunstância que, por si só, não pode ser considerada um justo motivo para o não cumprimento da obrigação contratual assumida. A seguradora sequer postulou o depósito das parcelas atrasadas em juízo, o que demonstraria sua boa-fé, limitando-se a afirmar, sem nada provar, que a seguradora não aceitou receber o valor dos prêmios não adimplidos nas datas pactuadas. Ademais, sequer é caso de reconhecimento de adimplemento substancial, tendo em vista que apenas a metade do valor devido foi pago pela autora. Não tendo havido o pagamento do prêmio mensal nos meses de janeiro a maio de 2009, o contrato de seguro, quando da ocorrência do sinistro, em 21.04.2009, encontrava-se suspenso em decorrência do inadimplemento, circunstância que torna indevida a cobertura securitária pretendida pela autora. Destarte, a conclusão inexorável é uma só, qual seja, a improcedência da demanda e o consequente provimento do recurso de apelação da seguradora ré. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041575853, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 04/04/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. A prova constante nos autos é farta a demonstrar que os promitentes compradores restaram inadimplentes, tendo efetuado o pagamento de cerca de 65% do valor total, o que é insuficiente para se considerar como adimplemento substancial. Mesmo após a notificação extrajudicial, os promitentes compradores deixaram de purgar a mora. Tampouco ajuizaram demanda revisional, movendo a consignatória (de apenas uma parcela, dentre as várias inadimplidas) somente após o manejo da ação de rescisão contratual pelos Promitentes Vendedores. Além disso, não demonstram intenção de quitar o preço. Logo, a procedência do pedido de rescisão é medida que se impõe, devendo as partes retornarem ao status quo ante. APELO PROVIDO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052662053, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 26/03/2013)

²³³ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 57.

próxima ao cumprimento total da obrigação, sem tal requisito, impossível será a requisição do reconhecimento do instituto para sua defesa²³⁴.

Doutra forma a mensuração de caráter qualitativo irá ao caminho do estudo do julgador se o devedor agiu de boa-fé ou não, ainda que tenha cumprido o critério quantitativo jurisprudencial. Assim caberá ao juiz analisar se o devedor tomou todas as medidas possíveis para evitar o inadimplemento, por exemplo, ou se durante o contrato manteve-se sempre responsável e desta forma não atrasou um dos cumprimentos previstos. Poderá também fundamentar que o seu inadimplemento veio de razões adversas indesejadas e imprevisíveis²³⁵. Neste sentido busca-se verificar o esforço do devedor para cumprir sua obrigação sem mora.

A autora Vivien Lys Porto Ferreira da Silva aponta quanto à imprevisibilidade “(...) se a parte adimplente pudesse, no momento da celebração do negócio jurídico, prever a gravidade do futuro inadimplemento a ser cometido pelas parte inadimplente, tal constatação frustraria, de início, seus interesses, e o contrato não seria nem celebrado.”²³⁶ Tal idéia incide sobre a premissa da impossibilidade do devedor prever o resultando do inadimplemento, porquanto que este também foi surpreendido pela implicação negativa de seu descumprimento. Doutra forma a imprevisibilidade contorna-se a análise do homem padrão, que em situação semelhante, seria incapaz de agir para esquivar-se do inadimplemento²³⁷.

Por fim cabe analisar as consequências do inadimplemento quanto ao equilíbrio contratual. O contrato deve manter o resultado prático almejado

²³⁴ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 58.

²³⁵ LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 60.

²³⁶ SILVA, Vivien Lys Ferreira da. *Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 162.

²³⁷ SILVA, Vivien Lys Ferreira da. *Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 162-163.

pelas partes no momento anterior de celebrar o contrato²³⁸. Assim o inadimplemento será considerado de grande relevância quando o fim prático que estava previsto no termo não é alcançado, de forma que o possível cumprimento não satisfará o credor²³⁹.

A aplicação da valoração do inadimplemento deve analisar as características do fato de cada um, relativas a cada relação jurídica particular, pois uma vez não positivado o adimplemento substancial, o valor mensurativo do inadimplemento do devedor, seja qualitativo ou quantitativo ou quanto a finalidade prática do contrato caberá apenas ao julgador na análise quanto a relevância do inadimplemento e se do cumprimento posterior será mantido a finalidade do contrato²⁴⁰.

Uma vez cumprido os requisitos ressalta-se que ao credor só caberá exigir a resolução contratual, se conseguir demonstrar que não tem mais qualquer interesse no cumprimento e na continuidade da relação²⁴¹. Noutro lado, uma vez não cumprido um dos requisitos, não caberá ao devedor resguardar-se do instituto, a fim de evitar o enriquecimento injustificado do devedor²⁴².

Ressalta-se que o devedor beneficiado pelo instituto não estará perdoado do cumprimento e ou terá que deixar de cumprir sua parte na obrigação. O instituto visa à manutenção do contrato. Então o devedor beneficiado terá de cumprir com a sua parte do contrato, com a devida aplicação de perdas e danos decorrentes da legislação.

²³⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²³⁹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²⁴⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

²⁴¹ ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 128.

²⁴² LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011. p. 61.

Na jurisprudência, em geral, a problematização quanto à resolução contratual do fornecedor e eventual aplicabilidade do instituto do adimplemento substancial referem-se relações de consumo onde o cumprimento foi estabelecido de forma parcelada para o consumidor, como contratos de compra e venda de longo prazo e contratos de seguro.

Nos contratos de seguro a jurisprudência vem no sentido de que o mero atraso do pagamento do prêmio do seguro ou da última parcela vencida não importará ao credor (segurador) o direito de resolução do contrato se este não for informado desta situação²⁴³.

Portanto, se ocorrer um sinistro a seguradora ainda lhe recairá o ônus, aplicando-se o instituto do adimplemento substancial. Uma interpretação que vai contra o artigo 763 do Código Civil, sendo assim um reconhecimento quanto a questão de abusividade do artigo frente a teoria do adimplemento substancial²⁴⁴.

Após as devidas demonstrações percebe-se a importância do instituto do adimplemento substancial para o Direito. Suas aplicações, ainda que restritas, tem amplo alcance em contratos de adesão, típicos das relações de consumo, incalculável, desta forma, seu valor para a defesa do consumidor.

Através do princípio da boa-fé objetiva e da sua função de estabelecer direitos e deveres laterais as relações obrigacionais regidas por contratos, o adimplemento substancial toma forma como um desses direitos seguindo o caminho em direção a defesa dos devedores em geral e tendo

²⁴³ AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 773.533 - RS (2006/0097986-4) RELATOR : MINISTRO PAULO FURTADO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/BA) I - É entendimento pacificado nesta Corte que o simples atraso não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, fazendo-se necessária, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o do cancelamento dos efeitos do pacto. II - Nas razões recursais, a agravante não trouxe quaisquer argumentos capazes de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. Agravo regimental improvido.

²⁴⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008. p. 130.

como principal intuito a proteção da relação entre as partes e logo a manutenção da relação contratual.

Deve-se observar que o instituto visa resguardar a relevância do contrato socialmente. Além de prover maior segurança jurídica, econômica e até mesmo mais confiança para os consumidores, indo totalmente contra o pensamento concretizado e conservador clássico de sobre a rigidez do cumprimento contratual.

Ora, tal medida jurídica visa afastar o abuso do credor que incoforma-se com o descumprimento mínimo da obrigação pelo devedor e prefere desfazer o negócio voltando toda a situação a seu estado de fato jurídico anterior. Notória será a baliza da exegese do princípio da boa-fé objetiva quanto a aplicação do instituto, em vista a beneficiar os devedores de boa-fé e, por outro lado, prejudicar os credores também de boa-fé.

É ponderável que logo o legislador incumbir-se-á de buscar legislar sobre o tema; positivando-o, cobrindo tal lacuna e amparando o direito. Doutra forma a jurisprudência toma forma e paulatinamente ganha força, assim inevitável será impedir a função ativa de legislação do poder judiciário se o poder legislativo manter-se omissos quanto à questão.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de análise da teoria do adimplemento substancial nas relações de consumo, na defesa do consumidor, mesmo que essa teoria não encontre adequada posituação.

Porquanto, coube analisar o instituto em três fases: a teoria contratual clássica, com suas influências históricas e ideológicas e seus respectivos princípios; a nova teoria contratual, com um breve estudo sobre sua evolução e sobre seus princípios e finalmente o tema principal do trabalho, o adimplemento substancial.

Optou-se por esta análise, pois o trabalho não visa apenas os juristas e sim também aqueles que se interessam pelo tema. Conveniente a análise do surgimento do conceito de contrato e sua respectiva evolução ao conceito atual, pois demonstra a capacidade mutacional do pensamento jurídico e como a respectiva teoria em estudo é contrastante as idéias iniciais sobre os contratos.

Observa-se pelo estudo do instituto a evolução do pensamento jurídico e principalmente a sua mudança através dos pensamentos ideológicos que surgem em suas diferentes épocas. A idéia do contrato rígido, sem influência estatal, evoluiu ao ponto de ser aceitável o adimplemento substancial do contrato.

A teoria do adimplemento substancial visa à defesa do devedor, que pode ter seu contrato resolvido unilateralmente pelo credor, ainda que este tenha chegado muito próximo ao seu fim ideal. No trabalho, não só sob a perspectiva credor e devedor ressaltou-se o ponto entre o fornecedor e consumidor no ponto de vista da relação de consumo.

Assim a teoria, modernamente quebra as idéias anteriores que rondavam o contrato, sob sua rigidez formal e torna, no Brasil solicito que seja facultativo o credor decidir: entre a resolução contratual, quando o

inadimplemento foi de grande importância; ou a continuação do contrato para sua execução final e a, de seu direito, cobrança de perdas e danos pela mora do inadimplemento. Logo, a análise da relevância do inadimplemento é fundamental para que se resguarde a relevância econômica social do contrato.

Assim coube analisar, sobre a ótica da jurisprudência e doutrinária, os aspectos e mensuração utilizados para que se defina se o inadimplemento teve grande relevância ou não. Chegando-se a três pontos: quantitativo, em geral a jurisprudência aceita o pedido de reconhecimento do adimplemento substancial quando a obrigação foi cumprida em mais de 80%; qualitativo, isso é a efetiva demonstração que o devedor tem boa-fé e pretende resolver o contrato totalmente ainda que não possa tê-lo resolvido em momento anterior; por fim o aspecto finalístico do contrato, isso é se a não resolução contratual fará com que o contrato alcance o fim esperado na declaração de vontade dos contratantes e se ainda é possível o cumprimento.

Ora, quando couber o uso do instituto, estar-se-á ponderando o alcance entre dois pontos: a resolução do contrato como abuso do direito do credor, isso é, uma medida de abarcamento do desejo voraz do credor pelo lucro; ou a possibilidade de retratação do devedor, ainda que com perdas e danos e conseqüentemente a preservação do termo.

No estudo apontou-se que a teoria tem especial forma em diferentes países, mas em sua maioria já está devidamente positivada. No Brasil, sua não positivação torna o tema especial, conseqüentemente, de grande interesse nos tribunais. Sua aplicação por fim é sempre fundamentado em dois princípios, o da boa-fé objetiva e o princípio da conservação do contrato.

Cabe relatar que a jurisprudência uniformiza-se quanto aos critérios valorativos para a aplicação da teoria, contudo por não estar positivado o estudo em cada caso prático é extremamente recomendado. Consequente cabe informar que a jurisprudência por vezes toma apenas como meio valorativo o critério quantitativo o que vai a desacordo a própria fundamentação do instituto, a exegese do princípio da boa-fé objetiva, desta forma o balizamento do

judiciário se inadequado, pode contrariar a teologia contratual e beneficiar o mau devedor que faça uso do instituto para lucrar indevidamente.

Ora, com os devidos contornos da teoria, deve-se ressaltar que uma vez aplicado o instituto, ao devedor não caberá deixar de cumprir sua parte do contrato, assim como do credor não se espera o perdão da dívida. Espera-se que ambas as partes, com a manutenção do contrato, cumpram com suas obrigações, alcançando por fim o resultando mais próximo a aquele que foi pretendido inicialmente. Por isso não é ilegítimo a aplicação de perdas e danos ao devedor, uma vez mantido o contrato, pois visa combater o seu enriquecimento seu causa.

A necessidade de se combater o abuso do fornecedor sobre a liberdade contratual do consumidor e a possibilidade lhe oferecer mais segurança jurídica tornando assim o contrato mais equilibrado é o último ponto de fundamentação do adimplemento substancial. A teoria apresenta-se inovadora, como fruto amadurecido da evolução do conceito contratual hodierno.

Com base em tais premissas, se vê necessário a positivização do instituto, que encontra vácuo jurídico, inclusive dentro das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, com inclusão quanto aos critérios valorativos do inadimplemento, para a correta aplicação da teoria, assim tanto credor (fornecedor) ou devedor (consumidor), estará ciente sobre sua existência e assim diminuir-se-a o número de casos no poder judiciário, pois o credor saberá que deve manter o vínculo contratual e apenas optar pela resolução contratual como medida extrema e os devedores saberão que está abrangido pela lei quando seu inadimplemento de boa-fé for irrelevante para o credor, podendo se defender por final da resolução e das sanções que possam lhe ser impostas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. São Paulo. Revista do Advogado – Vol. 28, n. 98, p. 124-131, Jul. 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BONFANTE, Bruna. *O controle das cláusulas abusivas nos contratos padronizados e de adesão por meio de tutelas preventivas e coletivas*. Ciência Jurídica, São Paulo, vol. 23, n. 149, p. 91/162, set./out. 2009.
- CARDOSO, Débora Rezende. O fim negativo do contrato no Código Civil de 2002: resolução por onerosidade excessiva. p. 529 - 558 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes p. 226 - 246. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. p. 247 - 284 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. p. 87 – 136 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KUHN, Adriana Menezes de Simão. O tempo e a catividade nos contratos: elementos para uma abordagem sistêmica da teoria dos contratos. p. 455 – 481. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LAZZARIN, Joel Felipe. *Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial Segundo a Baliza da Boa-fé Objetiva*. Revista Jurídica: São Paulo. Vol. 59, n. 400, p. 51/64, Fev./2011
- LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual.p. 504 – 528 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova*

Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*, 5ª Ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. p. 176-225 In: MARQUES, Cláudia Lima. *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil alemão – A reforma de 2002. p. 137-175 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais : contratos conexos e grupos contratuais.p. 429 - 454 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Vivien Lys Ferreira da. *Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade*. Saraiva: São Paulo, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual* – vol. único. São Paulo: Método, 2012.

VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. p. 400 - 428 In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.